



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.775 - MS (2016/0284574-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **RAFAEL BORGES DE OLIVEIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **FAUSTO CIRILO PARAISO E OUTRO(S) - SP332464**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DROGA APREENDIDA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.
2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do *quantum* da pena em abstrato, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.
3. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que o acusado foi flagrado na posse de quantidade não expressiva de maconha. Precedentes.
4. Recurso provido para determinar a soltura do recorrente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.775 - MS (2016/0284574-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : RAFAEL BORGES DE OLIVEIRA (PRESO)

ADVOGADO : FAUSTO CIRILO PARAISO E OUTRO(S) - SP332464

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto por RAFAEL BORGES DE OLIVEIRA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (HC nº 1409516-93.2016.8.12.0000).

Extraí-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante em 16/8/2016 pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. A prisão foi convertida em preventiva.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 43/48):

HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA - NÃO CONCESSÃO.,

É de ser rejeitado o pleito de liberdade provisória ao acusado preso pelo crime de tráfico de drogas flagrado mantendo em depósito significativa quantidade de droga, revelando a gravidade concreta da conduta e alertando para a necessidade de resguardar a ordem pública.

Habeas Corpus a que se nega concessão ante a legalidade do decreto prisional.

No presente recurso, a defesa alega que o MM. Juízo de origem converteu a prisão em flagrante delito em prisão preventiva, não obstante o recorrente seja primário e não ostente qualquer anotação em sua folha de antecedentes (e-STJ fl. 55).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma que a quantidade de entorpecentes apreendidos - 134g de maconha - *não tem o condão de gerar grave lesão à saúde pública, bem como não se justifica como garantia a ordem pública* (e-STJ fl. 56).

Pleiteia, assim, a revogação da prisão.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ fls. 85/88).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.775 - MS (2016/0284574-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Do que se extrai dos autos, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ofereceu denúncia contra o paciente imputando-lhe a prática do delito do arts. 33 da Lei nº 11.343/2006.

O Tribunal *a quo*, ao indeferir a ordem originária, em acórdão que transcreveu as razões do decreto preventivo, teceu as seguintes considerações (e-STJ fls. 43/48):

Por primeiro, deve ser esclarecido que não comportam seguimento as alegações acerca da suposta falta de justa causa para a ação penal por ser o paciente usuário de drogas e não traficante, eis que as mesmas demandam revolvimento do conjunto fático probatório vedado na via estreita da impetração.

De outro lado, verifica-se que o decreto prisional foi lavrado nos seguintes termos (f. 10/11):

"(...)

O autuado foi preso em flagrante no dia 16.08.2016 pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas. Nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal, admite-se a prisão preventiva nos crimes doloso punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 anos, bem como se houver condenação em outro crime doloso e se envolver violência doméstica e familiar ou se houver dúvida sobre a identidade civil. A narrativa do auto de prisão em flagrante oferece indícios suficientes de autoria e de materialidade. Quanto à necessidade da decretação da sua custódia cautelar, ressalta-se que o autuado foi preso em flagrante com quantidade significativa de entorpecentes, o que revela a gravidade da conduta praticada por ele, sendo que a comunidade local enfrenta com dificuldade o aumento do tráfico de entorpecentes, razão pela qual a prisão preventiva se justifica como garantia à ordem pública. Destarte, em razão dos argumentos expostos, converto a prisão em flagrante em preventiva."

Vê-se que a decisão que decretou a prisão cautelar arrima-se validamente nos requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, e encontra amparo ainda nas peculiaridades do caso não havendo qualquer referência ao art. 44, da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, o fato do paciente manter em depósito significativa quantidade de droga (16 papелotes), evidencia a gravidade concreta da conduta, de modo que a segregação cautelar afigura-se necessária para fins de garantia da ordem pública.

(...)

Finalmente, o paciente foi preso em flagrante pela prática de delito punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, sendo admitida a prisão preventiva, conforme artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de HABEAS CORPUS em favor de RAFAEL BORGES DE OLIVEIRA.

Nota-se que as decisões fazem referências apenas a ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática. Além disso, apontam as decisões a *expressiva quantidade de drogas*, o que não condiz com a realidade dos autos, nos quais se relata a apreensão de 16 papелotes, pesando 134 gramas de maconha - quantidade que, embora razoável, não pode ser considerada expressiva, a ponto de sustentar, por si só, a necessidade da segregação.

Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Registre-se, ainda, que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Na hipótese dos autos, contudo, depreende-se que as decisões não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicaram elementos concretos a justificar a segregação do paciente.

Inicialmente, note-se que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a imposição de custódia cautelar, porquanto o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar *in casu* as ponderações do Magistrado singular a respeito da gravidade abstrata do crime, bem como quanto aos seus efeitos nefastos para a sociedade, porquanto não foi apontado qualquer elemento relativo ao caso em exame que embase a necessidade de excepcional medida constritiva, o que se afigura inadmissível.

Com efeito, "Nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosa social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu" (HC n. 288.589/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/04/2014).

A prisão provisória – que não deve se confundir com a prisão-pena (*carcer ad poenam*) – não detém o objetivo de atribuir punição ao agente que, em tese, praticou uma conduta típica.

A finalidade específica do cárcere cautelar deve ser a de possibilitar o desenvolvimento válido e regular do processo penal. Vale dizer, somente há de ser decretado quando houver nos autos elementos concretos que indiquem a real possibilidade de obstrução na colheita de provas, ou a real possibilidade de reiteração da prática delitiva, ou quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

Assim, afirmações genéricas e abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são bastantes para justificar a custódia preventiva, caso não haja o apontamento de algum



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elemento concreto que a fundamente, mormente diante da existência de condições pessoais favoráveis ao recorrente, como a primariedade. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no crime de tráfico de entorpecentes. Assim, o decreto de prisão processual não dispensa a especificação concreta de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

3. **Caso em que as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, destacando a hipotética possibilidade de descumprimento de outras medidas cautelares, e para acautelar a ordem pública, com base na gravidade abstrata do crime, bem como na preocupação com a credibilidade da Justiça.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão do paciente, se por outro motivo não se achar custodiado, sem prejuízo de que outra venha a ser decretada de forma fundamentada ou que sejam aplicadas as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC-311.285/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 20/8/2015, DJ de 8/9/2015)

[...] 3. **As instâncias ordinárias entenderam devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a inafiançabilidade e a hediondez do crime de tráfico, bem como o fato de o tráfico fomentar a prática de outros delitos), sem, no entanto, terem apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtrar à aplicação da lei penal.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A prevalecer a argumentação dessas decisões, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

5. Habeas corpus concedido, para tornar definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida e, conseqüentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30/6/2015, DJe 3/8/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO CONSTRITIVO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

3. A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente não apresentou motivação concreta apta a justificar a sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo abstrato, a gravidade e as conseqüências do crime de tráfico, **maxime diante das peculiaridades do caso concreto - quantidade e a natureza da droga apreendida (100, 15 gramas de maconha).**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 313.240/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 08/06/2015).

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso** para determinar a soltura do recorrente, se por outro motivo não estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0284574-2

RHC 77.775 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0004769-13.2016.8.12.0800 14095169320168120000 1409516932016812000050000
47691320168120800

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: RAFAEL BORGES DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO	: FAUSTO CIRILO PARAISO E OUTRO(S) - SP332464
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CORRÉU	: ROSELI BORGES
CORRÉU	: EDUARDO BORGES DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.