



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 44.135 - SP (2013/0420241-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : MARIA JOSÉ BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO : GUIDO PELEGRINOTTI JUNIOR
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO *DECISUM*. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.
2. No caso, o magistrado impôs a custódia provisória, essencialmente, em razão da presença de materialidade e indícios de autoria, bem como pela gravidade genérica do crime de tráfico, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.
3. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.
4. Recurso ordinário provido a fim de que a recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma ou mais dentre as medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 44.135 - SP (2013/0420241-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : MARIA JOSÉ BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO : GUIDO PELEGRINOTTI JUNIOR
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por MARIA JOSÉ BARBOSA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0136781-78.2013.8.26.0000).

Segundo os autos, a recorrente foi presa em flagrante delito, no dia 3.6.2013, em razão da suposta prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico de entorpecentes, pois guardaria "para fins de comércio, 45 (quarenta e cinco) pinos de "cocaína", com peso bruto de 54g (cinquenta e quatro gramas), 201 (duzentos e um) pinos contendo "crack", e 01 (um) (tijolo e uma porção de "maconha" pesando aproximadamente 97g (noventa e sete gramas)" (fl. 15).

A prisão foi homologada e convertida em preventiva, no dia 5.6.2013, nos seguintes termos (fl. 30):

Trata-se de auto de prisão em flagrante lavrado em face de GILMAR MARCELINO DA SILVA e MARIA JOSÉ BARBOSA, indiciados pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06).

Como se verifica nos autos, o crime aqui apreciado foi praticado, em tese, dolosamente e sua pena máxima é superior a 4 anos.

Também há prova de materialidade e indícios de autoria, como se percebe dos depoimentos das testemunhas.

Os fundamentos da prisão preventiva também estão presentes.

O crime de tráfico de entorpecentes é grave e vem trazendo transtornos à sociedade, na medida em que influi negativamente nas famílias, destrutura lares e acarreta a intranquilidade social.

Por outro lado, se condenados, os réus possivelmente irão iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Diante do exposto, presentes os requisitos da prisão preventiva, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, com fundamento nos artigos 310, II, e 312, todos do C. P. P., com redação dada pela Lei 12.403/11.

Pleiteada a liberdade provisória, a custódia foi mantida.

Manejado prévio *writ*, a ordem foi denegada, a teor da seguinte ementa (fl. 116):

Habeas Corpus. Tráfico de substâncias entorpecentes. Pleito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relaxamento da custódia. Pedido de revogação de prisão preventiva. Hipótese em que existem indícios de que a paciente está envolvida no crime, ao menos em tese e nos limites em que o fato pode ser examinado até o momento. Requisitos da prisão preventiva presentes. Decisão fundamentada. Custódia legítima. Ordem denegada.

Neste *writ*, alega a recorrente que as decisões das instâncias precedentes não indicaram elementos concretos aptos a justificar sua constrição cautelar. Destaca que o próprio magistrado singular teria externado incerteza quanto aos requisitos para a decretação da custódia.

Alega que a decisão do julgador monocrático pautou-se em argumentos genéricos e considerações abstratas quanto à gravidade do delito.

Salienta que suas condições pessoais são favoráveis, "pois, além de ter residência fixa, ser primária e ter bons antecedentes, a Recorrente encontrava-se exercendo atividade lícita de costureira, inclusive com carteira assinada" (fl. 127).

Acrescenta que as circunstância agravantes foram consideradas antecipadamente para presumir-se a periculosidade da agente, situação que, de fato, não existiria.

Transcreve diversos precedentes a fim de embasar seu entendimento.

Pede que lhe seja concedido o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, pelo desprovimento do recurso (fls. 174/175).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, realizada em 24.1.2014, apurou-se que o feito aguarda cumprimento de carta precatória para notificação de um dos acusados.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 44.135 - SP (2013/0420241-2)

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO *DECISUM*. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.
2. No caso, o magistrado impôs a custódia provisória, essencialmente, em razão da presença de materialidade e indícios de autoria, bem como pela gravidade genérica do crime de tráfico, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.
3. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.
4. Recurso ordinário provido a fim de que a recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma ou mais dentre as medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar da recorrente.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

In casu, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, com base nestes fundamentos (fl. 30):

Trata-se de auto de prisão em flagrante lavrado em face de GILMAR MARCELINO DA SILVA e MARIA JOSÉ BARBOSA, indiciados pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06).

Como se verifica nos autos, o crime aqui apreciado foi praticado, em tese, dolosamente e sua pena máxima é superior a 4 anos.

Também há prova de materialidade e indícios de autoria, como se percebe dos depoimentos das testemunhas.

Os fundamentos da prisão preventiva também estão presentes.

O crime de tráfico de entorpecentes é grave e vem trazendo transtornos à sociedade, na medida em que influi negativamente nas famílias, desestrutura lares e acarreta a intranquilidade social.

Por outro lado, se condenados, os réus possivelmente irão iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Diante do exposto, presentes os requisitos da prisão preventiva, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, com fundamento nos artigos 310, II, e 312, todos do C. P. P., com redação dada pela Lei 12.403/11.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requerida a liberdade provisória, a custódia cautelar da acusada foi mantida nos seguintes termos (fl. 44):

De acordo com os fundamentos da decisão de fl. 30/31 que converteu a prisão em flagrante em preventiva e de fls. 41/42 que indeferiu o pedido de liberdade provisória, também não vislumbro qualquer nulidade que possa determinar o deferimento do pedido, sendo que nenhum fato novo foi acrescentado.

Em que pese à presença de endereços e outros predicativos, o certo é que o réu deve permanecer no cárcere até que novos elementos sejam produzidos na Instrução Criminal que, por sua vez, fica preservada ante a segregação do acusado.

Diante disso, nesse momento do iter processual, entendo que não se recomenda a concessão da liberdade provisória.

Verifica-se que o magistrado impôs a custódia provisória, essencialmente, em razão da presença de materialidade e indícios de autoria, bem como pela gravidade genérica do crime de tráfico e regime de cumprimento de pena que possivelmente seria imposto diante de uma condenação.

Ora, há de ver que declinar, unicamente, tais dados, sem respaldo em circunstâncias colhidas da situação concreta, não se constituem elementos aptos a ensejar a prisão provisória.

É de ver que a atuação descrita é a necessária para a própria configuração do delito em questão - tráfico de entorpecentes. Com base nela, indicar que a conduta delata maior reprovação em virtude da gravidade delitiva é alicerçar em areia movediça tal consideração.

Ao que se me afigura, pois, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória não se sustenta, porque nitidamente desvinculada de qualquer elemento de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Dúvida não há, portanto, de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não compactuando com a automática determinação/manutenção de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. Ora, é-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da ideia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentir de imanente falibilidade.

A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Vê-se, portanto, que se limitou o magistrado a ressaltar a gravidade abstrata do delito, levando em consideração, tão somente, elementos inerentes ao próprio tipo penal, sem indicar, contudo, qualquer elemento concreto a justificar a imposição de prisão antes do trânsito em julgado.

Trata-se de verdadeira afronta à garantia da motivação das decisões judiciais a decisão que justifica a prisão de tal forma. Como medida extrema, dotada de absoluta excepcionalidade, deve ser a prisão provisória justificada em motivos concretos, e, ainda, que indiquem a necessidade cautelar da prisão, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência.

Assim, não havendo a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea.

Essa tem sido a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, abominando-se a fundamentação da prisão calcada apenas em proposições genéricas:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO PRISIONAL COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICA CONCRETA. PRECEDENTES.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. No caso, não se evidencia a necessidade da custódia cautelar, como exige o art. 312 do CPP, pois, para negar o direito de recorrer em liberdade, o acórdão lastreou-se na gravidade abstrata do delito, sem indicar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dados concretos indicadores da imprescindibilidade da prisão.

4. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. De ofício, confirmo a liminar deferida e concedo ao paciente o direito de permanecer em liberdade, até o trânsito em julgado da ação penal.

(HC 239.960/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 15/03/2013)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO, ROUBO, RECEPÇÃO E QUADRILHA. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PRISÃO. LIBERDADE DEFERIDA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VEDADO O APELO EM LIBERDADE. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO DECISUM. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

3. In casu, existe manifesta ilegalidade pois a custódia provisória não se justifica ante a fundamentação inidônea, pautando-se apenas na gravidade abstrata dos delitos, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

4. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

(HC 183.526/ES, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

FORMAÇÃO DE QUADRILHA E ESTELIONATO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE DOS FATOS CRIMINOSOS. MERAS CONJECTURAS. MENÇÃO GENÉRICA AOS PRESSUPOSTOS INSERTOS NO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. LIMINAR DEFERIDA. CONFIRMAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, subsista, não basta que se indiquem abstratamente as hipóteses do art. 312 do CPP, devendo-se apontar os fatores concretos que levaram à sua decretação.

2. Há constrangimento ilegal quando a preventiva encontra-se fundada na gravidade genérica dos fatos denunciados e em meras conjecturas acerca da possibilidade de que, solta, a acusada viesse a atrapalhar a instrução criminal ou mesmo furtar-se a aplicação da lei penal, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

3. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a custódia preventiva da paciente, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sem prejuízo de nova prisão cautelar ser decretada se apresentados elementos concretos para tanto.

(HC 261.046/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/06/2013)

Veja-se, ainda, a seguinte transcrição do aresto proferido pelo Tribunal estadual ao denegar a ordem em prévio *writ* (fls. 117/120):

A impetração busca a revogação da prisão preventiva da paciente, ao argumento central da inexistência de lastro fático para sua manutenção.

Segundo a denúncia, no dia 2 de junho de 2013, por volta das 19h, na Rua Shigueri Takaki, nº 67, Lagoa Azul, na Comarca de Piracicaba, MARIA JOSÉ e o corréu Amancio, agindo em conluio e com unidade de desígnios, guardavam e tinha em depósito, para fins' de tráfico, 1 pedra grande e 100 pinos de "crack", sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta também na exordial que na mesma data e horário, na Rua Alberto Pinto da Fonseca, nº 345, Algodoal, na Comarca de Piracicaba, o corréu Gilmar guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, 45 pinos de cocaína, 201 pinos de "crack" e 1 tijolo e 1 porção de maconha, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme apurado, policiais militares receberam notícia anônima de que na Rua Alberto Pinto da Fonseca, nº 345, estaria ocorrendo tráfico de entorpecentes e para lá se dirigiram. Já no local, apreenderam no quarto do corréu Gilmar 45 pinos de cocaína, 201 pinos de "crack" e 1 tijolo e 1



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porção de maconha, além de R\$ 150,00 e 1 balança de precisão. Indagado, Gilmar informou aos milicianos que as drogas foram adquiridas de Amancio

Consta ainda na inicial acusatória que os policiais se dirigiram à residência de Amancio e foram atendidos por MARIA JOSÉ. Em revista no quarto do corréu, foram apreendidos em uma bolsa 1 pedra grande e 100 pinos de "crack". Os milicianos, então, constataram sinais recentes de que uma pessoa tinha fugido pelos fundos do imóvel ao perceber a chegada deles. Ressalte-se que os pinos de "crack" encontrados na residência de Amancio e de MARIA JOSÉ eram idênticos aos apreendidos no domicílio do corréu Gilmar. Somadas, as drogas apreendidas totalizaram 301 pinos de "crack".

Esse quadro, preservado sempre o princípio da presunção de inocência, denota que a paciente está seriamente envolvida em fatos gravíssimos (tráfico de entorpecentes), havendo suficientes indicações de autoria. A paciente foi detida em flagrante por guardar e manter em depósito em sua residência grande quantidade de *crack*, droga com altíssimo poder lesivo.

A prisão, que não padece de nenhum vício, em tais condições, deve ser preservada, não caracterizando constrangimento algum, até porque presentes os requisitos para a custódia preventiva.

É perfeitamente razoável a prisão preventiva para garantia da ordem pública, com a nota de que eventual primariedade e bons antecedentes não tornam MARIA JOSÉ menos perigosa, considerada a ação em concreto. Não há mesmo razão para a revogação da custódia, porque clara a necessidade de preservação da ordem pública, arranhada pela ação examinada. A ordem pública é ofendida quando a conduta do agente provoca algum impacto na sociedade, lesando valores significativamente importantes. No caso, nos limites do que é possível ponderar, a ofensa é quase palpável. A acusada, repito, guardava em sua residência 1 pedra grande e 100 pinos de "crack", tudo a evidenciar tráfico habitual e em larga escala. Não bastasse isso, quando os milicianos chegaram em seu domicílio, MARIA JOSÉ ludibriou e prendeu a atenção deles por cerca de 20 minutos, tempo suficiente para que o corréu Amancio, seu tio, fugisse pelos fundos, munido de uma, bolsa de cor preta (folhas 19/20 e 21/22).

Ademais, ressalte-se que a nova Lei nº 12.403/11, ainda que de forma excepcional, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva para os crimes dolosos com o máximo de pena | privativa de liberdade superior a 4 anos, o que engloba o crime de tráfico de entorpecentes em questão. Portanto, considerando-se que a situação processual da paciente admite o decreto preventivo, não era mesmo razoável a concessão de outra medida cautelar em seu favor. Aliás, medida diversa de prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de impunidade e risco concreto para a sociedade.

Frise-se, ainda, que a questão acerca do eventual apenamento brando não pode ser discutida na estreita via do "writ", sob pena, inclusive, de supressão de instância, com a nota de que o campo adequado para o debate da matéria é o da ação penal, respeitado sempre o devido processo legal, o crivo do contraditório e o livre convencimento do Magistrado condutor do feito.

Não se vislumbra, de resto, vício formal na decisão.

As decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Fundamentar significa justificar. E a decisão atacada, queira-se. ou não,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrou as razões da custódia excepcional. Basta lê-la com isenção. A paciente foi detida por guardar em sua residência grande quantidade de "crack", droga com alto poder vulnerante, insisto. Mantê-la em liberdade, dentro do contexto dos autos, representaria risco concreto para a sociedade como um todo.

Portanto, comprovado não só o *fumus boni iuris*, mas também, e principalmente, o indispensável *periculum in mora*, indiscutível a necessidade da medida excepcional, não havendo campo para medidas cautelares de natureza diversa da prisão, claramente insuficientes.

O acórdão indica como fundamento, ainda, a quantidade e qualidade das substância entorpecentes apreendidas, o que representaria risco concreto para a sociedade. Entretanto, pela leitura da decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau, verifica-se que essa circunstância não comparece como motivo para a determinação constritiva.

Com efeito, não cabe ao Tribunal de origem complementar a fundamentação de decisão, essa censurável por sua carência, na tentativa de legitimá-la. Assim, é de se afastar o trecho do acórdão que procede a achegas à decisão de primeiro grau. Vejam-se, em sentido semelhante, os seguintes julgados:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. 1. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. PERIGO À ORDEM PÚBLICA. MERA REPRODUÇÃO DOS TERMOS LEGAIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. 2. DECRETO MAL FUNDAMENTADO. TENTATIVA DE COMPLEMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. IMPOSSIBILIDADE. 3. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. 7 ANOS SEM INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 4. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ilegal é a prisão mantida por força de decisão calcada em meras suposições e que se limita a reproduzir os termos da lei, sem indicar elementos concretos a justificar a medida.

2. Não se admite a complementação de decreto de prisão preventiva mal fundamentado pelo Tribunal *a quo*.

3. Absolutamente irrazoável a demora de mais de 7 anos após o oferecimento da denúncia sem que tenha sequer iniciado a instrução criminal. Excesso de prazo configurado.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente no processo nº 276/2001, em trâmite perante a Comarca de Carolina/MA, expedindo-se o competente contra-mandado de prisão, já que o mandado de prisão expedido contra ele referente a este processo deixou de ser cumprido por encontrar-se o paciente preso em razão de outros processos." (HC 100264/MA, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 22/09/2008)

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO ESTADO-JUIZ. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Os prazos necessários à formação da culpa não são peremptórios, admitindo dilações quando assim exigirem as peculiaridades do caso concreto, desde que observados os limites da razoabilidade, à luz do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, mostrando-se, no caso, ausente desídia da autoridade judiciária na condução do feito.

LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. LESÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 312 DO CPP. MOTIVAÇÃO SUPLEMENTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO VERIFICADO.

1. A prisão processual é medida de exceção, somente podendo subsistir quando presentes os pressupostos e fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, e desde que sua ocorrência venha concretamente demonstrada na decisão que determinou ou manteve a constrição cautelar.

2. Constitui evidente constrangimento ilegal o indeferimento da soltura do réu em despacho que silenciou acerca das hipóteses legais da custódia provisória, limitando-se a sustentar a ausência dos requisitos do art. 310 do Estatuto Processual.

3. Não pode a Corte impetrada inovar nos fundamentos que determinam a prisão do recorrente, ausentes na decisão de primeira instância.

4. Recurso parcialmente provido, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em favor do recorrente, se por outro motivo não estiver preso." (RHC 25.042/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. INSUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO.

(...)

III - Novos argumentos, aduzidos pelo e. Tribunal *a quo*, por ocasião do julgamento do *writ* originário, não suprem a falta de fundamentação observada no decreto prisional. (Precedentes do STJ e do STF).

Ordem concedida." (STJ, Quinta Turma, HC 79287/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 28/06/2007, DJ de 01.10.2007, p. 325)

"CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CONCLUSÃO VAGA E GENÉRICA A RESPEITO DA CONDUTA DO RÉU. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA A RESPALDAR A CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. CARÊNCIA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA EM 2º GRAU DE JURISDIÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR DO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

Aspectos relacionados à existência de indícios de autoria e prova da materialidade não são suficientes para respaldar a prisão preventiva, se desvinculados dos pressupostos legais indispensáveis.

Afirmação vaga e genérica a respeito da conduta do réu, sem vínculo com situação fática concreta referente à ocorrência de fuga, e tampouco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem a explicitação de circunstâncias relativas ao envolvimento de cada acusado, não se presta como justificativa adequada à manutenção da custódia.

Precedentes do STF e do STJ.

O Tribunal não pode suprir a carência de fundamentação do decreto prisional monocrático.

A situação peculiar do paciente não pode ser desconsiderada, pois compareceu em Juízo, por duas oportunidades, para ser interrogado, ainda que sob o manto da expedição de salvo-conduto pelo Tribunal *a quo*, e juntou petição declinando endereço para intimações e comunicações da Justiça.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 43715/MA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 19/09/2005 p. 360)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário a fim de que a recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal n.º 3002902-26.2013.8.26.0451, da 2ª Vara da Comarca de Piracicaba/SP, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0420241-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 44.135 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01367817820138260000 136781782013826 30029022620138260451

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA JOSÉ BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO : GUIDO PELEGRINOTTI JUNIOR
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : GILMAR MARCELINO DA SILVA
CORRÉU : AMANCIO PEREIRA NETO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). GUIDO PELEGRINOTTI JUNIOR, pela parte RECORRENTE: MARIA JOSÉ BARBOSA

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.