



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.802 - RJ (2016/0285835-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : SANDRO ROSAS FREITAS CALDAS
ADVOGADO : SANDRO R FREITAS CALDAS - RJ100718
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SIDNEY FREITAS JAPIASSU DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA. PRISÃO REVOGADA. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE QUE NOVA CUSTÓDIA VENHA A SER DECRETADA, SE APONTADAS RAZÕES CONCRETAS.

1. As instâncias ordinárias, *in casu*, não indicaram fatos concretos aptos a justificar a segregação cautelar do paciente, estando a decisão fundamentada apenas em conjecturas e na gravidade abstrata do tráfico de drogas, o que configura nítido constrangimento ilegal. No caso, a quantidade de droga apreendida (aproximadamente 3 kg de maconha) não constitui, por si só, elemento concreto a evidenciar a periculosidade do paciente para o fim de justificar a determinação da prisão cautelar. A jurisprudência desta Corte não admite que o Tribunal estadual agregue fundamentação, em procedimento exclusivo da defesa, para o fim de justificar a manutenção da prisão.

2. Desde 11/5/2012, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, a saber, da que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, a fundamentação calcada nesse dispositivo simplesmente perdeu o respaldo. De acordo com o julgamento da Suprema Corte, a regra prevista no referido art. 44 da Lei n. 11.343/2006 *é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios*. Assim, para se manter a prisão, imprescindível seria a presença de algum dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso.

3. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, se por outro motivo não estiver preso e ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão ou a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso se apresente motivo concreto para tanto. Liminar ratificada.

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, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.802 - RJ (2016/0285835-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Sidney Freitas Japiassu dos Santos**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que denegou o *Habeas Corpus* n. 00444454520168190000 (fls. 67/68):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR FALTA DE DESIGNAÇÃO DE "AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA". INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. CABIMENTO. 1. A audiência de custódia, a despeito de prevista em Pactos Internacionais dos quais o Brasil é signatário e que apresentam status supralegal, não possui regulamentação legal interna quanto à sua ocorrência. Nesse contexto, não há como aplicá-la enquanto não sobrevier a devida mudança legislativa no Código de Processo Penal. Desse modo, deve ser observado o procedimento previsto no art. 5º, LXII da CRFB c/c o art. 306 do CPP, os quais dispõem acerca da comunicação imediata da prisão em flagrante ao juiz, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à família do preso, possibilitando, com isso, a análise pelo magistrado quanto à sua legalidade. Sem embargo, a audiência de custódia se cuida primordialmente de um mecanismo de controle da constitucionalidade e legalidade das prisões em flagrante a ser exercido pela autoridade judiciária. Na espécie, o paciente foi preso em flagrante 13/07/2016 e teve a prisão convertida em preventiva no dia seguinte, o que demonstra a verificação da legalidade do flagrante e superado eventual vício em virtude do novo título prisional, apto a fundamentar a custódia do paciente. 2. No caso em análise, a decisão que indeferiu o pedido libertário encontra-se devidamente fundamentada, fazendo-se referência expressa a manutenção da situação fático-jurídica que ensejou a decretação da prisão preventiva do paciente - preso em flagrante mantendo em depósito mais de três quilos de maconha e balanças de precisão - atendendo-se para a gravidade concreta dos fatos narrados na denúncia, ao afirmar a imprescindibilidade da custódia cautelar, diante dos robustos indícios de autoria e à luz da ordem pública, face a extrema lesividade social do delito imputado, e para assegurar a instrução criminal, inexistindo qualquer irregularidade. 3. A alegação de flagrante forjado, à míngua de qualquer elemento que comprove de plano o alegado, não se coaduna com a via estreita da ação mandamental de cognição sumária, na qual se exige prova pré-constituída. 4. Condições favoráveis, como residência fixa, primariedade e exercício de atividade laborativa, por si só não infirmariam a necessidade da custódia, uma vez presentes seus pressupostos e requisitos autorizadores. 5. O princípio da presunção de inocência invocado pelo impetrante serve de limite à aplicação da medida extrema, devendo ser apontada a sua necessidade, como no caso em apreço, em que foi justificada a custódia à luz da ordem pública e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução criminal. Ordem denegada.

O impetrante afirma que o paciente não cometeu o delito de tráfico de drogas, sendo apenas usuário. Aponta, ainda, excesso de prazo e ausência de fundamentação na prisão cautelar.

A liminar foi deferida para revogar a prisão preventiva (fls. 87/89).

Informações prestadas às fls. 92/101.

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 104/110):

PENAL - PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA IMPOSSIBILIDADE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO - QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS - 3.300G (TRÊS MIL E TREZENTOS GRAMAS) DA SUBSTÂNCIA CANNABIS SATIVA L., CONHECIDA VULGARMENTE COMO MACONHA, ACONDICIONADA EM TABLETES, REVESTIDOS POR PLÁSTICO - PERICULOSIDADE E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - PRECEDENTES/STJ PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.802 - RJ (2016/0285835-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Entendo evidenciado o alegado constrangimento ilegal.

O paciente foi preso em flagrante e denunciado pela suposta prática de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), constando a apreensão de 3.300 g de maconha – fl. 59.

Os fundamentos da prisão preventiva estão reproduzidos, na íntegra, no acórdão às fls. 73/75:

[...]

"Trata-se de comunicação de prisão em flagrante delito do nacional SIDNEY FREITAS JAPIASSÚ DOS SANTOS, indiciado pela prática, em tese, dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06. A prisão em flagrante é regular, estando presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva, ao menos por ora. Quanto à necessidade de o juiz, fundamentadamente, converter ou não o flagrante em preventiva, ou aplicar as medidas cautelares, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, nos termos do art. 310, inciso II e III do Código Penal com nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011, vale ressaltar que presentes estão os pressupostos autorizadores a custódia cautelar, não havendo que se falar em concessão de liberdade provisória. Com efeito, o indiciado foi preso em flagrante delito por policiais militares que averiguavam delação anônima de que um elemento de vulgo 'Branco' estava comercializando entorpecentes na Rua Pastor Manuel Avelino de Souza, n 67, apto 303, Bairro de Fátima, nesta Comarca. Os agentes se dirigiram ao local indicado a fim de apurar a veracidade das informações, sendo certo que no imóvel, foram recebidos pelo indiciado, que autorizou a entrada dos agentes em sua residência. Em revista à residência, os mesmos apreenderam no interior de uma mochila, 3.300g (três mil e trezentos gramas) da substância Cannabis Sativa L., conhecida vulgarmente como maconha, acondicionada em tabletes, revestidos por plástico filme. Indagado pelos agentes, o indiciado admitiu a posse da droga e informou que recebia a quantia de R\$100,00 (cem reais) pela revenda de cada tablete de 50g (cinquenta gramas) de maconha, **o que evidencia a necessidade de sua custódia para a garantia da ordem pública, visualizada pelo trinômio gravidade da infração, periculosidade do agente e repercussão social do fato pela sensação de insegurança causada na comunidade local. Nesse sentido, a existência do crime e os indícios de autoria estão comprovados pelos depoimentos dos policiais e, nesse contexto, estando comprovada a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probabilidade concreta de reiteração criminosa pelo indiciado, verifica-se necessária e adequada a sua prisão preventiva, inexistindo qualquer irregularidade. Destarte que em interpretação ao contrário sensu ao art. 313 do CPP a prisão preventiva deverá ser afastada quando trata-se de delito com pena máxima inferior a quatro anos, o que não ocorre no caso em tela, uma vez que estamos tratando do art. 33 da Lei 11.343 e art. 35 da mesma Lei, cujas as penas máximas são superiores a 4 anos. **Além disso, a preventiva se faz necessária a fim de garantir a conveniência da instrução criminal, já que a presentes a prova da existência de crime e indício suficiente de autoria, bem como a ordem pública e proteção da sociedade, visto que tais crimes trazem consigo, conseqüências sociais nefastas que vão além da dependência química causada aos usuários. Ademais, o comércio de drogas é o que sustenta todo um poder paralelo que afronta o Estado organizado e o Estado Democrático de Direito e vem coagindo a sociedade cada vez mais a se retrair a um convívio limitado em busca da sensação de segurança. Isto porque o Estado, como é sabido, vem se mostrando incapaz de assegurar a todos como deveria, seja pela má administração dos recursos que possui, seja pela grandiosidade da ilegalidade que enfrenta. Aliado a tal fato a contenção de condutas criminosas constitui sim fundamento idôneo para a segregação cautelar do acusado, pois concretiza o conceito de abalo à ordem pública, conforme orienta a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira: 'A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a possibilidade de reiteração criminosa é motivação idônea para a manutenção da custódia cautelar' (STF - HC 102.169/SC; Relatora: Min. Cármen Lúcia). **Ressalto, por fim, que é imputado ao indiciado crime de natureza grave, equiparado a hediondo, em que a liberdade provisória é expressamente vedada (art. 5, XLIII, da CRFB e art. 44, da Lei 11.343/06). É mister consignar que não se trata de pré-julgamento a análise desses indícios, haja vista que não são provas concretas, mas sim, elementos que apontam para a probabilidade de o acusado ser autor do crime que lhe é imputado.** Nesse sentido: 'Indícios suficientes de autoria não são provas contundentes, robustas e que geram a certeza absoluta de autoria do indiciado ou acusado. Basta apontamentos de que o indigitado ou acusado é autor do fato. Elementos que apontem a fumaça no sentido de que o acusado é autor do ilícito penal que ora se apura. São indicações. Não é necessário o fogo da certeza, mas sim a mera fumaça de que ele pode ser o autor do fato.'** (Paulo Rangel, Direito Processual Penal, LúmenJúris, 11- ed. 2006, p. 593. Pelo exposto, diante da presença dos pressupostos autorizadores a custódia cautelar, determino a CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA em desfavor de SIDNEY FREITAS JAPIASSÚ DOS SANTOS. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO (...)"

[...]

O pedido de revogação da prisão preventiva também foi indeferido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme consta à fl. 66:

[...]

Examinando os autos, verifico que o acusado Sidney foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Há comprovação da existência do crime e indícios vigorosos da autoria, presentes os pressupostos que autorizaria segregação cautelar, que foi determinada, às fls. 41/42, para a garantia da ordem pública e da instrução criminal.

Ademais, as alegações de matéria de fato trazidas pela Defesa de Anderson demandam exame mais aprofundado da matéria, com a valoração das provas coíguidas aos autos, afigurando-se a impossibilidade de ser apreciado nesta fase.

Saliente-se, ainda, que aos crimes em tela as leis cominam penas máximas superiores a quatro anos, restando cumprida a exigência legal que autoriza decretação da prisão preventiva contida no art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Alega a Defesa ser o acusado possuidor de bons antecedentes, ter residência fixa e emprego lícito, todavia, isto, por si só, não obsta a decretação da prisão cautelar, como vêm decidindo os Tribunais Superiores.

[...]

Do exame dos autos, reitero o entendimento já manifestado quando do deferimento da liminar, no sentido de não ter sido apontada fundamentação idônea na determinação de prisão cautelar do paciente, estando a decisão baseada apenas na gravidade abstrata do tráfico de drogas e em meras suposições e conjecturas.

Além disso, desde 11/5/2012, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, a saber, da que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, a fundamentação calcada nesse dispositivo simplesmente perdeu o respaldo (HC n. 104.339/SP, Ministro Gilmar Mendes, Informativo n. 665/STF).

De acordo com o julgamento da Suprema Corte, a regra prevista no referido art. 44 da Lei n. 11.343/2006 *é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípio*. Assim, para se manter a prisão, imprescindível seria a presença de algum dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorreu no caso.

Destaco, ainda, que o acórdão impugnado, para justificar a legalidade da prisão, apenas fez referência à quantidade de droga apreendida, cerca de 3 kg de maconha, concluindo pela existência de gravidade concreta. Na minha avaliação, contudo, a natureza e quantidade da droga apreendida, na espécie, não constituem, por si sós, fundamentos idôneos a justificar a segregação cautelar. Por outro lado, como cediço, não admite a jurisprudência desta Corte que o Tribunal estadual agregue fundamentação, em procedimento exclusivo da defesa, para o fim de justificar a manutenção da prisão.

Cumpra observar, por fim, que, em cumprimento a liminar deferida nestes autos, o paciente responde ao processo em liberdade e, em consulta ao andamento processual da Ação Penal n. 00539817420168190002 – 1ª Vara Criminal de Niterói, pude verificar que a audiência de instrução e julgamento realizada em 8/11/2017 foi redesignada para o dia 7/3/2018, tendo em vista a ausência injustificada de testemunhas.

Nesse contexto, entendo que o caso é de manutenção da liminar, revogando-se a prisão preventiva do paciente.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para garantir ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, se por outro motivo não estiver preso e ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão ou a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso se apresente motivo concreto para tanto. Ratificada a liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0285835-2

HC 376.802 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00444454520168190000 00539817420168190000 444454520168190000
539817420168190000

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANDRO ROSAS FREITAS CALDAS
ADVOGADO : SANDRO R FREITAS CALDAS - RJ100718
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SIDNEY FREITAS JAPIASSU DOS SANTOS (PRESO)

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.