



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.493 - SP (2015/0154272-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LEANDRO RAFAEL ALBERTO E OUTRO
ADVOGADO : LEANDRO RAFAEL ALBERTO - SP343013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN OLIVEIRA BARBOSA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. 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.

3. 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, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

4. 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 6,38g de cocaína e 16,5g de maconha. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar a soltura do paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, 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), 13 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.493 - SP (2015/0154272-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LEANDRO RAFAEL ALBERTO E OUTRO
ADVOGADO : LEANDRO RAFAEL ALBERTO - SP343013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN OLIVEIRA BARBOSA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de LUAN OLIVEIRA BARBOSA contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 2119400-52.2015.8.26.0000). .

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 1º/6/2015 (prisão convertida em preventiva) pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte de origem, que denegou a ordem.

Na presente oportunidade, a defesa reafirma que o decreto construtivo é carente de fundamentação. Sustenta que a gravidade abstrata do delito não pode ser considerada fundamento idôneo para manter a prisão cautelar, alegando descumprimento ao princípio da presunção de inocência.

Reitera não estarem presentes nenhum dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que autorizam a decretação da medida extrema. Afirma que o paciente possui condições pessoais favoráveis.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 69/70.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem ou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acaso conhecido, por sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.493 - SP (2015/0154272-6)

VOTO

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

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

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

O Magistrado, ao homologar o flagrante, converteu a prisão em preventiva sob os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 41/43):

Demais, a manutenção da custódia provisória do(a) indiciado(a) é necessária para a garantia da ordem pública local, tendo em vista que o delito que lhe é imputado figura dentre os mais graves dos dias atuais, inclusive, equiparado a hediondo.

Como é cediço, pessoas envolvidas com tráfico ilícito de entorpecentes normalmente convivem com a violência, em todas as suas formas, tendo em vista que, atualmente, inúmeras infrações penais estão relacionadas com tal delito.

No caso, a prisão preventiva é adequada diante da gravidade do crime, das circunstâncias do fato (na medida em que, conforme já dito, inúmeras infrações penais - a maioria delas - atualmente giram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em torno do tráfico ilícito de entorpecentes, além do que o traficante de drogas, conforme dão conta as máximas de experiência, explora a condição de viciado e dependente químico das pessoas que fazem uso, em alguns caso compulsivo, das substâncias, para, com isso, obter dinheiro e outras vantagens) e das condições pessoais do indiciado, o qual, com a prática da mercância ilícita, revela personalidade distorcida e voltada para a prática de infrações penais.

Deve ser salientado, ainda, quando às consequências do crime, que as drogas são extremamente nocivas para a saúde dos usuários e da população como um todo, viciam pessoas, muitas vezes acabam com a vida delas, desagregam famílias e incentivam a violência e a prática de infrações penais.

A pessoa acusada de tal crime, de gravíssimas consequências, consoante já exposto, revela, sem dúvida, personalidade distorcida e voltada para a prática de crimes.

Do exposto, conclui-se que não se mostram adequadas, na espécie, as demais medidas cautelares previstas na Lei Processo Penal (CPP, art. 310, II, "in fine").

Observo que a gravidade do crime, por si só, justifica a decretação da custódia provisória, para acautelar o meio social e garantir a credibilidade da justiça, e, assim, garantir a ordem pública (RT 656/374 e 691/314).

O auto de prisão em flagrante delito encontra-se formalmente em ordem.

O Tribunal a quo, ao indeferir a ordem originária, teceu as seguintes considerações (e-STJ fls. 55/65):

A r. decisão que converteu a prisão em flagrante do Paciente em preventiva (fls. 33/35), encontra-se devidamente fundamentada, atendendo perfeitamente ao quanto exigido pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ademais, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, ao prescrever ser o crime de tráfico ilícito de entorpecentes inafiançável, a ele veda a concessão do benefício da liberdade provisória, pois se a crimes dessa natureza não é dada a possibilidade de alcançar a liberdade mediante pagamento de fiança, com maior razão de ser, inadmissível a concessão do benefício quando não exigível a garantia, situação menos gravosa que aquela.

A Lei nº 11.464/07, ao alterar a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, retirando a expressão "liberdade provisória", o faz à luz do referido dispositivo constitucional, conforma pontado pela própria norma, e assim sendo, não tem o intuito de permitir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência do benefício nos casos de crimes hediondos ou equiparados, dentre os quais o tráfico de drogas, uma vez que a própria Carta Magna dispõe que tais crimes são inafiançáveis. Interpretação em sentido contrário orientaria, inclusive, para inconstitucionalidade da referida norma, haja vista que se consideraria a possibilidade da fiançar crimes constitucionalmente definidos como inafiançáveis.

O fato de não mais haver previsão expressa da vedação da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados em nada altera o entendimento já vigente de impedimento da concessão do benefício para crimes dessa natureza, até porque a referida proibição deriva da interpretação de dispositivo constitucional que impõe a inafiançabilidade destes crimes, consistindo, ao final, apenas em uma alteração na redação da lei, já considerada redundante na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ademais, ainda que admitida a possibilidade de concessão da liberdade provisória em razão da alteração introduzida na Lei de Crimes Hediondos, a Lei nº 11.343/06 é legislação específica em relação àquela, e nessa medida, à luz do princípio da especialidade, seu conteúdo deve prevalecer.

Portanto, não há que se falar em derrogação do art. 44, da Lei nº 11.343/06, no que se refere à previsão expressa de ser o crime de tráfico de drogas insuscetível de liberdade provisória, pois a vedação da concessão deste benefício decorre da própria Constituição Federal, nela embasando-se o dispositivo, que vige em sua integralidade, devendo prevalecer o entendimento nele descrito, que impede a concessão da liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas, com fundamento inclusive no princípio da especialidade.

(...)

Por conseguinte, razão assiste à autoridade apontada como coatora ao converter a prisão em flagrante do Paciente em preventiva, afinal foi autuado em flagrante delito por crime de tráfico de drogas, havendo, portanto, expressa vedação legal do benefício, por força do quanto previsto no art. 44, da Lei nº 11.343/06.

(...)

Por fim, fica consignado que, em que pese o quanto decidido pelo Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos de HC nº 104.339, por maioria de Votos, pela inconstitucionalidade da parte do art. 44, da Lei nº 11.343/06, que proíbe a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, mantenho meu posicionamento, acompanhando as conclusões dos eminentes Ministros LUIZ FUX, MARCO AURÉLIO e JOAQUIM BARBOSA, no sentido da constitucionalidade dessa norma proibitiva do benefício, afinal, como por eles destacado, "... a criminalidade que paira no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

país está umbilicalmente ligada à questão das drogas...", sendo que "... foi uma opção do legislador constituinte dar uma basta no tráfico de drogas através dessa estratégia de impedir, inclusive, a fiança e a liberdade provisória..." ademais, "... os representantes do povo brasileiro e os representantes dos estados, deputados federais e senadores, percebendo a realidade prática e o mal maior que é revelado pelo tráfico de entorpecentes, editou regras rígidas no combate ao tráfico de drogas (...).

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, há menções à vedação da concessão de liberdade provisória aos acusados do mencionado delito, contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06. Não há qualquer referência ao caso concreto, nem mesmo descrição dos entorpecentes apreendidos - aliás, 6,38g de cocaína e 16,5g de maconha, montante que, embora razoável, não é vultosa o suficiente para justificar, por si só, a prisão.

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 indicaram elementos concretos a justificar a segregação do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 elemento concreto que a fundamente, mormente diante da existência de condições pessoais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis ao paciente, 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 furtar à aplicação da lei penal.**

4. **A prevalecer a argumentação dessas decisões, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem** de ofício, para determinar a soltura do paciente, 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 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: 2015/0154272-6

HC 328.493 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030743520158260132 21194005220158260000 30743520158260132

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO RAFAEL ALBERTO E OUTRO
ADVOGADO : LEANDRO RAFAEL ALBERTO - SP343013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUAN OLIVEIRA BARBOSA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.