



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.543 - SP (2017/0237241-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DA SILVA BARBOSA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. ENUNCIADO Nº 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do STF.

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 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 3g de cocaína e 7g de maconha. Precedentes.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para, confirmando a liminar, determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, ou fixadas medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conceder a ordem, 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), 10 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.543 - SP (2017/0237241-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DA SILVA BARBOSA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ADRIANO DA SILVA BARBOSA contra decisão monocrática que indeferiu o pedido liminar no *writ* manejado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2164686-82.2017.8.26.0000).

O paciente foi preso em flagrante em 19 de agosto de 2017, e teve a custódia convertida em preventiva (e-STJ fls. 32/34), pela suposta infringência ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.434/2006, porque teria sob sua posse 2 porções de cocaína (2g) e 3 porções de maconha (7g) (quantidade referida no auto de prisão em flagrante - e-STJ fl. 52).

Irresignada com a ilegalidade da prisão cautelar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem. O pedido liminar, como antes relatado, foi indeferido (e-STJ fls. 14/18).

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/13), a Defensoria Pública suscita a nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, por fundamentação inidônea (gravidade abstrata do delito), sem apontar elementos concretos que justificassem a periculosidade do paciente e a necessidade da medida extrema.

Sustenta haver constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar, tendo em vista a ausência dos pressupostos legais autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, inclusive porque a quantidade de substância entorpecente apreendida é ínfima. Aduz, nesse contexto, que é de duvidosa adequação da conduta do paciente ao crime de tráfico de drogas.

Destaca as condições pessoais favoráveis do paciente, que é primário,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portador de bons antecedentes, com residência e trabalho (ajudante geral) fixos.

Nesse diapasão, afirma que a manutenção da prisão representa violação do princípio da homogeneidade ante a possibilidade de, em eventual condenação, ser-lhe aplicado a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como imposto regime prisional menos gravoso do que o regime fechado, ou ainda, ser-lhe aplicada pena restritiva de direito.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a revogação do decreto de prisão preventiva, ou subsidiariamente, a imposição de medida cautelar diversa da prisão, com superação do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Deferida a liminar (e-STJ fls. 70/73) e prestadas as informações (e-STJ fls. 75/108 e 117/127), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 112/115).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.543 - SP (2017/0237241-3)

VOTO

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

Conforme exposto no julgamento do pedido de urgência, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do STF, segundo o qual *não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*.

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente:

CRIMINAL. HC. QUADRILHA. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ATO DE DESEMBARGADOR. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. SÚMULA N.º 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1- Não cabe habeas corpus contra indeferimento de liminar, exceto em casos de evidente e flagrante ilegalidade, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que o mérito da ordem originária ainda não foi apreciado no Tribunal a quo.

2- Súmula n.º 691 que teve sua validade reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, com a ressalva de que o enunciado não impede o conhecimento de habeas corpus, se evidenciado flagrante constrangimento ilegal.

3- Não sendo possível constatar qualquer ilegalidade na decisão recorrida, deve o paciente aguardar a apreciação do mérito da questão aduzida em 2º grau.

4- Ordem não conhecida (HC n. 82.163/SP, Rel. Ministra JANE SILVA – Desembargadora Convocada do TJ/MG – DJe 1/10/2007).

Assim, salvo excepcionalíssima hipótese de ilegalidade manifesta, não é de se admitir casos como o dos autos. Não sendo possível a verificação, de plano, de qualquer ilegalidade na decisão recorrida, deve-se aguardar a manifestação de mérito do Tribunal de origem, sob pena de se incorrer em supressão de instância e em patente desprestígio às instâncias ordinárias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva nos seguintes termos (e-STJ fl. 33):

Inicialmente, observo que o caso se amolda ao disposto no art. 313, I, do Código de Processo Penal, vez que o preso é acusado de ter praticado o crime de tráfico de entorpecentes, cuja pena detentiva máxima é de 15 anos de reclusão. Portanto é admissível, ao menos em tese, a decretação de sua prisão preventiva.

Há nos autos prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, consubstanciados nas provas testemunhais colhidas pela Dma. Autoridade Policial e pelas próprias declarações do acusado, que confessou a prática delitiva. Frise-se: o autuado foi detido, em poder de 02 (duas) porções de cocaína, 03 (três) porções de maconha e R\$ 137 (cento e trinta e sete reais) em dinheiro, tendo sido obtido depoimento de usuário que, confirmando a prática do tráfico de drogas, relatou que linha acabado de adquirir entorpecente do acusado.

Não bastasse isso, a prisão se mostra necessária para garantia da ordem pública, levando-se em conta a gravidade da infração imputada ao acusado, intrinsecamente ligada a muitos dos problemas sociais e de segurança pública enfrentados pela comunidade local. Embora o C. Supremo Tribunal Federal tenha julgado inconstitucional o artigo 44 da Lei 11.343/03, que vedava a concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas, é cediço que se trata de infração penal gravíssima, que traz intranquilidade social, destrói famílias ao gerar o vício e a dependência, motiva a prática de outros crimes e, por fim, mas não menos importante, financia o crime organizado.

A custódia do autuado se faz necessária, pois, uma vez em liberdade, nesta fase processual poderia continuar a praticar a hedionda conduta de tráfico, o que representa um risco à população local.

Como é sabido, o delito de tráfico é um delito de natureza gravíssima, uma vez que abala sobremaneira a sociedade e reflete, pois, nas famílias, acarretando consequências desastrosas e irreversíveis.

E certo ainda que as medidas cautelares diversas da prisão previstas na lei não se mostrariam adequadas e suficientes para conter a atitude criminosa do autuado, uma vez que não impediriam a reiteração dos atos ilícitos.

Da mesma maneira, o recolhimento cautelar do autuado não espelha constrangimento, pois não se pode olvidar que sua segregação encontra respaldo, ao menos por ora, na garantia da ordem pública.

Por fim, as circunstâncias do caso concreto, especialmente a necessidade de impedir que o réu prossiga na prática delitiva, evidenciam a insuficiência das medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, com base no art. 310, II, do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE ADRIANO DA SILVA BARBOSA, EM PRISÃO PREVENTIVA. Expeça o necessário mandado de prisão.

Verifica-se que não foi apontado qualquer elemento concreto apto a justificar a prisão. O caso, porém, exigia fundamentação mais robusta, uma vez que o paciente, embora tenha confessado a prática delitiva, é primário e foi flagrado com apenas 3 porções de cocaína (com peso total de 3 gramas) e 3 porções de maconha (pesando 7 gramas).

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 o decreto preventivo não indicou elementos concretos a justificar a segregação dos pacientes.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, 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 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 favoráveis aos pacientes, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, consequentemente, 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, **concedo a ordem** de *habeas corpus* para, confirmando a liminar, determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas 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: 2017/0237241-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 416.543 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008541820178260545 21646868220178260000 8541820178260545

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DA SILVA 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, concedeu a ordem, 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.