



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.885 - SP (2015/0264473-6)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
RECORRENTE : FABIO MACIEL DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RICHARDSON RIBEIRO DE FARIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

2. De acordo com reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, como 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. No caso, apesar da expressiva quantidade de droga apreendida, 2kg de maconha, tanto o magistrado singular quanto o Tribunal de origem motivaram a necessidade da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

4. O Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "*e liberdade provisória*", constante do art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, determinando que, depois de apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP, se for o caso, fosse mantida a segregação cautelar.

5. Mesmo em caso de crimes hediondos ou equiparados, remanesce a necessidade de fundamentação concreta para o indeferimento do pedido, prestigiando-se, assim, a regra constitucional da liberdade, em contraposição ao cárcere cautelar, quando não houver sido demonstrada a necessidade de segregação.

6. Recurso ordinário provido para, em consonância com o parecer ministerial, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.885 - SP (2015/0264473-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário interposto por FÁBIO MACIEL DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denegatório de *habeas corpus*, por meio do qual pretendia a revogação de sua prisão preventiva.

Extraí-se dos autos que o recorrente fora preso em flagrante (fls. 13/15), com a conversão da custódia em prisão preventiva, pelos crimes de associação e tráfico de drogas, conforme os tipos dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, por terem sido apreendidos consigo 2kg de maconha. Na ocasião, o magistrado entendeu pela prisão preventiva com o seguinte fundamento (fls. 141/142):

[...] os requisitos da prisão preventiva estão presentes à espécie, impedindo, no momento, a concessão do benefício da liberdade provisória ou de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a materialidade do delito vem demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (mais de 2 kilos de substância assemelhada a maconha foi apreendida) e pelo laudo de constatação da droga (positivo para Tetrahydrocannabinol), bem como há indícios de autoria, consubstanciados nos depoimentos das testemunhas policiais.

O crime imputado a ELIAS RODRIGO SANTOS E FÁBIO MACIEL DA SILVA é doloso e punido, em abstrato, com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, o que, por si só, já revela a gravidade do crime.

E, agora, não se pode perder de vista que referida circunstância, por força de disposição legal (CPP, artigo 282, inciso II), deve ser considerada pelo julgador no momento da análise acerca do cabimento da prisão ou de sua substituição por alguma medida cautelar.

O tráfico de entorpecente, destarte, compromete a saúde pública, sendo o grande responsável pela violência urbana. Tanto isso é verdade, que o legislador constituinte, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, reconhecendo sua lesividade, determinou que lei o considere inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, equiparando-o aos crimes hediondos.

Desse modo, eventual primariedade, residência fixa ou ocupação lícita não autorizam, por si só, a concessão do benefício em questão.

Posteriormente, indeferiu-se o pedido de liberdade provisória, assim (fl. 139):

Não tendo a defesa logrado êxito em comprovar alteração do substrato jurídico-fático do caso e, ainda, a ausência de prova de ocupação lícita com registro formal de emprego, tudo indicando a periculosidade do agente a necessidade da manutenção da prisão preventiva decretada pela r. decisão de fls. 76 proferida no apenso para a garantia da ordem pública, não há se falar em relaxamento da prisão em flagrante, nem em revogação da prisão preventiva decretada, razão pela qual se indefere a pretensão defensiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a defesa impetrou o *habeas corpus*, denegado pelo Tribunal de Justiça porque (fls. 149/154):

3. Como salientado na Instância monocrática, na espécie o direito positivo veda a liberdade provisória.

Com efeito, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLIII (e o Código de Processo Penal, no artigo 323, inciso II, com a nova redação instituída pela Lei nº 12.403/2011), estatui a inafiançabilidade da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos fatos definidos como crimes hediondos [...] se a Carta Política e o Código de Ritos impedem a concessão de liberdade provisória mesmo com prestação de fiança, ressaí como corolário absolutamente lógico que menos

ainda sem fiança deferir-se-ia tal liberdade (por conseguinte, no caso concreto, pelo mesmo naipe de razões, não se revogaria a segregação preventiva).

[...]

Demais disso, a disciplina do tráfico de substância clandestina se encontra em lei especial - de n. 11.343/06, artigo 44, caput inteiramente aplicável por aqui ao vedar de forma expressa a outorga de benefício deveras similar àquele pelo qual se bate, com proficiência, a d. Defensoria.

[...]

4. A infração atribuída ao increpado é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativeiro existencial do vício morféutico e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo.

O recorrente alega, em síntese, que, "diante de todos os argumentos trazidos e supramencionados, especialmente a ausência de fundamentação concreta e a inexistência dos requisitos da prisão preventiva, a revogação da prisão cautelar do paciente é medida que se impõe, sem olvidar, caso não seja esse o entendimento de Vossas Excelências a possibilidade de substituição da sua prisão provisória por medidas cautelares constantes no artigo 319 do CPP" (fl. 170).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso ordinário para que a prisão preventiva seja substituída por outra medida cautelar (fls. 188/195).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.885 - SP (2015/0264473-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

No que tange à custódia preventiva, o art. 312 do Código de Processo Penal estabelece que tal medida processual poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, como 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 (v.g.: HC 296543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2014, e HC 262266/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 27/08/2013).

No caso em exame, como se observa dos excertos transcritos no relatório, embora comprovada a materialidade delitiva e presentes os indícios de autoria, não foi demonstrada, concretamente, a necessidade da custódia preventiva do paciente.

Com efeito, apesar da expressiva quantidade de droga apreendida, 2kg de maconha, o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de Justiça motivaram a necessidade da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Dessa forma, não havendo elementos hábeis a justificar a prisão do réu, há ilegalidade na decretação da custódia, uma vez que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte. Ilustrativamente:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. RECURSO PROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal (Precedentes).

II - No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (Precedentes).

Recurso ordinário provido, para revogar a prisão preventiva do recorrente, salvo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal

(RHC nº 46040/MG, Relator o Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2014).

No que tange à vedação legal da liberdade provisória, mesmo em caso de crimes hediondos (ou equiparados), remanesce a necessidade de fundamentação concreta para o indeferimento do pedido, prestigiando-se, assim, a regra constitucional da liberdade, em contraposição ao cárcere cautelar, quando não houver sido demonstrada a necessidade de segregação.

A corroborar esse entendimento, ainda relativamente ao princípio da individualização da pena, cumpre relembrar que o Pleno do STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no *habeas corpus* n. 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão “*e liberdade provisória*”, constante do art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, determinando que, uma vez apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP, se for o caso, fosse mantida a segregação cautelar.

Eis a ementa do julgado pretoriano:

Habeas corpus.

2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, *caput*, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006.
3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44).
4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal.
5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea.
6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (STF, HC 104339/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 06-12-2012).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0264473-6

RHC 64.885 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002177420158260630 00290000 21826981820158260000 290000 545/2015 5452015
RI002YAF90000

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FABIO MACIEL DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RICHARDSON RIBEIRO DE FARIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : ELIAS RODRIGO DE PAULA SANTOS

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.