



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.937 - SP (2017/0027538-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MARLENE MARIA GARCIA
ADVOGADO : MARLENE MARIA GARCIA - SP247333
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo 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.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. 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 n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

4. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rigorosa providência cautelar.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar, determinar a revogação da prisão preventiva do paciente, até eventual confirmação de sua condenação em segundo grau, salvo 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.

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), 18 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.937 - SP (2017/0027538-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : MARLENE MARIA GARCIA
ADVOGADO : MARLENE MARIA GARCIA - SP247333
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DANILO DA SILVA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no julgamento do HC n. 2057959-36.2016.8.26.0000.

O paciente, preso em flagrante em 10 de março de 2016 e convertida a custódia convertida em preventiva, foi condenado pela suposta infringência ao art. 33, *caput*, c/c 40, IV, da Lei n. 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 5 anos e 10 meses de reclusão, bem como pela infringência ao art. 35, *caput*, c/c 40, do mesmo regramento, à pena privativa de liberdade de 3 anos e 6 meses de reclusão, além de multa, no regime inicial fechado, sendo mantida a custódia preventiva (sentença às e-STJ fls. 49/58).

Irresignada com a ilegalidade da prisão cautelar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, cuja ordem, como antes relatado, foi denegada (e-STJ fls. 32/39).

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/3), a impetrante pede a extensão dos efeitos da ordem concedida no RHC n. 76.390, à corré MARIANA APARECIDA DE CAMPOS (julgado no dia 2 de fevereiro de 2017, por esta Quinta Turma, sob a minha relatoria), ao argumento de que eles se encontram na mesma situação fático-jurídica (ausência de fundamentação idônea do decreto prisional, mantido na sentença).

Suscita, nesse contexto, a nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva da paciente, por fundamentação inidônea (gravidade abstrata do delito), sem apontar elementos concretos que justificassem a necessidade da medida extrema.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a extensão, ao paciente, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício concedido a MARIANA APARECIDA DE CAMPOS, a fim de que seja reconhecido, também em relação a ele, constrangimento ilegal hábil a permitir a revogação da sua prisão preventiva.

O presente *habeas corpus* foi distribuído a esta relatoria por prevenção do RHC n. 76.390/SP.

A liminar foi deferida às e-STJ fls. 64/68 para determinar que o paciente aguardasse, em liberdade, o julgamento de mérito deste *mandamus*, sob a imposição das cautelares previstas nos incisos I e IV do artigo 319 do CPP, sem prejuízo de outras medidas que o Juízo de primeiro grau julgasse necessário.

Informações prestadas à e-STJ fls. 79/141 e 146/210.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*, com a cassação da liminar outra deferida (e-STJ fls. 214/218).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.937 - SP (2017/0027538-2)

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.

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva do recorrente, contra o qual se imputou a prática, em tese, dos delitos tipificados no art. 33, *caput* e 35, *c/c* art. 40, inciso III e VI, todos da Lei n. 11.343/2006.

Inicialmente, convém ponderar que, ao contrário do assentado no parecer ministerial, a superveniência da sentença condenatória, na qual o paciente restou condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo crime do art. 33, *c/c* art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, e de 3 anos e 6 meses de reclusão, também em regime fechado, pelo crime do art. 35, *c/c* art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, não prejudica o exame acerca da legalidade de sua prisão preventiva, caso não tenham sido acrescentados novos elementos ao decreto preventivo anteriormente proferido. Ora, para a Quinta Turma desta Corte, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

[...]. 1. "A ação constitucional de habeas corpus e o recurso em habeas corpus que questionam decreto de prisão preventiva não se encontram prejudicados pela superveniência de novo título, se a sentença penal condenatória mantém a constrição cautelar, sem agregar fundamentos novos".

[...]. (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015).

[...]. 2. O fato de haver sido prolatada sentença condenatória no feito não implica a prejudicialidade do writ originário, como decidido pela Corte Estadual, já que apenas o excesso de prazo da prisão restou superado com a prolação do édito repressivo, subsistindo o interesse da Defensoria Pública em ver analisado o pedido de anulação da ação penal. [...]. (HC n. 314.028/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 07/05/2015).

[...]. A superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá "título novo", de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado [...]. (HC n. 288.716/SP, Relator Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador Convocado do TJ/SC –, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).

No caso, a prisão foi mantida, nos seguintes termos (e-STJ fl. 57):

Os Réus não poderão recorrer em liberdade, pois persistem os motivos explicitados quando da decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva, anotado que o crime de tráfico atenta seriamente contra a saúde pública, não sendo o caso de colocá-los em liberdade neste momento. É cediço que a sociedade local tem enfrentado sérios riscos em razão da atuação de traficantes, de modo que a manutenção de suas custódias visa primar pela ordem e saúde públicas, justificando-se, ademais, em razão da quantidade da pena e do regime fixado, sendo de rigor, assim, também para a garantia da aplicação da lei penal.

Assim, não tendo sido agregados novos fundamentos, não fica prejudicado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame sobre a legalidade da custódia processual do paciente, sendo conveniente a apreciação das alegações apresentadas na impetração.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

In casu, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva teceu os seguintes fundamentos, no que interessa (e-STJ fls. 84/85):

Diante da gravidade do delito, inclusive equiparado a hediondo, não se mostra suficiente a aplicação das medidas cautelares trazidas pela Lei n. 12.403/11.

As circunstâncias do caso concreto denotam a intensa atividade de mercancia de drogas, circunstâncias que ensejam a manutenção da custódia do indiciado para preservação da ordem pública, tendo em vista que o crime de tráfico é extremamente grave em si mesmo e dissemina outras espécies de crimes, tais como, furto, roubo, corrupção de menores, homicídio, etc.

Apreciando pedido de liberdade provisória, assim se manifestou o Juízo a quo (e-STJ fls. 44/48):

Há prova da materialidade e indícios de autoria.

O flagrante está em ordem, sendo convertida em prisão preventiva, nos termos da Lei nº12.403/2.011 conforme apenso, não sendo esta a oportunidade para o aprofundamento da cognição sobre o mérito.

Presente o perigo para a ordem pública na libertação de suposto traficante.

O crime de tráfico ilícito de entorpecente fomenta a atividade criminosa organizada, dando-lhe suporte financeiro para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vilipêndio à ordem pública.

Outrossim, a expansão do comércio de drogas ilícitas coopera com o desmantelamento de núcleos familiares e exige de parcela dos criminosos que fazem a substância entorpecente chegar ao consumidor final envolvimento com outros tipos de crime do tipo tráfico de armas, roubo, furto, corrupção de menores, homicídio, etc...

Nada disso é abstrato, pois se materializa, dia-a-dia, no mundo dos fatos e ganha as páginas dos periódicos.

No caso do réu, assim como em outros casos, a substância entorpecente apreendida era ilícita e causa os males citados acima, não é uma droga diferente dos demais casos, e ela chega ao consumidor final para fomentar a longa cadeia criminosa que lhe dá suporte.

Foi com fundamento nesta constatação que o constituinte nacional disse que o tráfico ilícito de entorpecente equipara-se ao crime hediondo, portanto, como regra geral, ofende fortemente à ordem pública, já que, além de atentar contra a saúde pública, repise-se: deteriora núcleos familiares e demais relações sociais, alimentando organizações criminosas e a prática de outros crimes. Assim como presumiu o estado de inocência, o constituinte, no mesmo artigo, ponderando valores, presumiu a gravidade para a ordem pública do crime em exame, o que fez dentro de seu legítimo poder constituinte originário.

Ao deixar em liberdade quem teria praticado o crime de tráfico ilícito de entorpecente, equiparado ao hediondo, este juízo estaria excepcionando uma vontade constitucional que presume ofensiva à ordem pública (art. 312, "caput", CPP) a conduta do autor do crime e dá clara demonstração do desejo de aplicar-lhe de forma mais severa a lei.

Nessa ordem de idéias, nem tudo que é constitucional é a favor do réu. A constituição é obra da sociedade e exalta o ser humano em geral.

As garantias constitucionais outorgadas aos acusados, em incompleto resumo, servem para contrabalançar a relação historicamente desequilibrada e opressora entre estas partes, tudo para atender ao objetivo de uma sociedade livre e justa (art. 3º, I, CF), orientada à preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, CF).

Portanto, o interesse na obediência destas regras não é favorecer o réu, isoladamente, ou o crime em geral, é meio conter o arbítrio estatal e edificar sociedade equilibrada, voltada para tornar digna a existência do ser humano, o que não seria possível amputando as mãos de furtadores, segregando inutilmente agentes de ilícitos de pouco relevância ou condenando sumariamente e de forma definitiva, sem direito de defesa, quem o Estado bem entendesse,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perpetrando assim, a injustiça.

A ordem constitucional e todo o ordenamento jurídico que nela encontra seu fundamento de validade, em visão geral, não labora em prol deste ou daquele indivíduo, ao contrário, assenta-se na supremacia do interesse público traduzido na finalidade última de propiciar existência digna ao ser humano.

Como não só os réus são seres humanos e a liberdade de alguns deles nem sempre interessa à sociedade em geral, pois podem comprometer a existência digna dos demais cidadãos, o próprio constituinte originário, ao lado de garantias individuais, fez presumir o perigo à ordem pública que os crimes hediondos e a ele equiparados causam aos demais seres humanos (à sociedade em geral). Trata-se de comando incriminador inserto exatamente no artigo 5º da Constituição de República.

Desta forma, quando presente prova da materialidade e indícios suficientes e autoria do crime de tráfico ilícito de entorpecente, havendo presunção constitucional de perigo à ordem pública (hediondez) deste tipo de conduta, ousa entender que o juiz somente deve conceder a liberdade ao acusado se bem justificar a excepcionalidade do caso, demonstrando que a presunção constitucional de perigo à ordem pública não existe na hipótese tratada (ex: elementos apontam para baixa probabilidade de reincidência), pois, não o fazendo, estará concedendo ao réu um direito que não ostenta, em prejuízo da sociedade, atualmente oprimida mais pelo crime do que pelo Estado.

A narrativa serve para concluir que, quando este juízo afirma que o tráfico ilícito de entorpecente é crime grave que denota a necessidade de manter-se o suposto autor segregado, não está laborando com análise abstrata (fora do caso concreto) ou ignorando a regra da liberdade, está, isto sim, materializando uma vontade constitucional que certamente não se fundou em uma abstração arbitrária e descolada da realidade, ao contrário, arrima-se na gravidade à ordem pública que ganha concretude nos lares, nos periódicos e nas conhecidas mazelas causadas pela cadeia de produção e distribuição que faz chegar ao consumidor final a substância entorpecente.

Em análise precária, tal como deve ser as tutelas de urgência, o caso posto encaixa-se nesta realidade narrada.

Sobre o argumento de o réu possuir residência fixa, acompanho o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Diante do exposto, presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INDEFIRO o pedido de liberdade provisória formulado pela Defensora do réu DANILO DA SILVA, ficando reiterada a decisão proferida na comunicação de flagrante.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao examinar o *habeas corpus* lá impetrado, manteve a segregação do paciente, pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 32/39):

Logo, justifica-se a medida prisional para coarctar o exercício da traficância, de tão nefastas consequências sociais, de modo a garantir, assim, a ordem pública.

Com efeito, apesar dos argumentos lançados na impetração, na presente hipótese concreta a configuração dos requisitos demonstrativos do cabimento da medida prisional está evidenciada, como demonstrado, inclusive, pela decisão do Juízo a quo, que proferiu, fundamentadamente, a r. decisão combatida (fls. 13/14):

[...]

Nítido, ademais, que a medida prisional não carece de fundamentos, sendo sobejamente sabido que na fase processual em apreço cabe que o magistrado se mantenha relativamente sucinto, reservando considerações extensas e aprofundadas para o momento do julgamento do feito.

Argumenta a impetrante, outrossim, que os pacientes são primários. Contudo, isto, por ora, não tem o condão de traduzir que eles apresentam “condições favoráveis” suficientes a ponto de serem colocados em liberdade. Isto sem falar na já mencionada necessidade de se preservar a ordem pública diante das peculiaridades de suas condutas.

Destaque-se que os pacientes não comprovaram o exercício de ocupação lícita, pois nos Autos de Qualificação (fls. 24, 29 e 32) consta estarem desempregados. Não há, pois, segura demonstração de que sejam efetivamente afeitos ao trabalho, nem evidência que revele que têm como se manter sem delinquir.

A preservação da prisão preventiva, portanto, é necessária, já que a sua revogação, inclusive, além de poder acarretar risco à ordem pública, também poderia prejudicar, ante a ausência de qualquer respaldo profissional comprovado nos presentes autos (ocupação lícita) que vincule os pacientes ao distrito da culpa, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Cumpre anotar, ainda, apenas ad argumentandum, mesmo diante da juntada dos documentos de fls. 17/19, que a Jurisprudência é uníssona ao afirmar que eventuais “condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema”(HC 217.175/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 12/03/2013). No mesmo sentido a orientação o C. STF: HC 112.642, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 10.08.12.

Quanto a questões referentes a eventual pena a ser imposta, trata-se de matéria a ser analisada por ocasião da prolação da sentença, pelo magistrado de primeiro grau, após concluída a colheita de elementos de convicção ao longo da instrução processual.

No presente ensejo, o que efetivamente se tem é o preenchimento dos requisitos exigidos para decretação e manutenção do encarceramento cautelar dos pacientes.

Por fim, diante das circunstâncias peculiares do caso concreto, que demonstram a gravidade da conduta específica imputada aos pacientes, bem como da situação em que flagrados, é certo que outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal se mostram insuficientes neste momento e em face dos elementos trazidos aos autos.

[...]

Correta, enfim, a imposição da medida prisional, visto que efetivamente presentes os requisitos para a prisão preventiva.

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 n. 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 perniciosidade 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 favoráveis à recorrente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ademais, vale observar que o paciente e a corré (paradigma) são, de fato, corréus na mesma ação penal originária (n. 0002267-57.2016.8.26.0624/TJSP), cujo decreto prisional, preservado pelo Tribunal impetrado, foi mantido na sentença e não apontou elementos concretos, colhidos do flagrante e valorados pelo Magistrado de primeiro grau, para fins de decretação da prisão cautelar, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade.

Nesse contexto, diante da ausência de fundamentação concreta, a prisão preventiva da corré MARIANA APARECIDA DE CAMPOS foi revogada por esta Quinta Turma, no julgamento do RHC n. 76.390, cujo acórdão foi, assim, ementado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DROGA APREENDIDA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. 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 n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva à recorrente 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

3. Condições subjetivas favoráveis à recorrente, 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. Precedentes.

4. Recurso provido, 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, dar provimento ao recurso, 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), 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

Assim, sendo os fundamentos das prisões preventivas do paciente e da corre (RHC 76.390/SP) idênticos, de rigor a revogação de sua segregação processual, pois o *Supremo Tribunal Federal rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação [...]* (HC n 125.957, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/2/2015, publicado em 13/3/2015).

Avaliando as circunstâncias do fato concreto, para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, mister substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

O prazo e as condições do comparecimento periódico em Juízo deverão ser fixados pelo Magistrado de primeiro grau.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo, contudo, ordem de ofício** para, confirmando a liminar deferida, revogar a prisão preventiva do paciente nos autos da Ação Penal n. 0002267-57.2016.8.26.0624, até eventual confirmação de sua condenação em segundo grau, salvo 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: 2017/0027538-2

HC 387.937 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022675720168260624 1992016 20579593620168260000 2267572016
22675720168260624

EM MESA

JULGADO: 18/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARLENE MARIA GARCIA
ADVOGADO	: MARLENE MARIA GARCIA - SP247333
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANILO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: JEAN CARLOS RAMOS DE ALMEIDA
CORRÉU	: MARIANA APARECIDA DE CAMPOS

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

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.