



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.993 - SP (2017/0090358-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SORAIA ANKA - SP330626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE GIDEAO NUNES CAETANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL A QUO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

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, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. Nos termos da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, a superveniência da sentença condenatória, em regra, não prejudica o *habeas corpus* impetrado contra o decreto prisional, quando mantidos os fundamentos que levaram a decretação da segregação cautelar, como no caso concreto (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015).

4. A gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

5. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao 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 elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

6. Não cabe ao Tribunal *a quo*, em sede de *habeas corpus*, agregar novo fundamento para justificar a medida extrema. Precedentes.

7. Condições subjetivas favoráveis, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime se for considerado que a quantidade de drogas apreendidas, embora significativa, (22g de cocaína e 79g de maconha), não indica comércio de grandes proporções e sequer foi utilizada como fundamento do *decisum*, tendo sido aplicada, na sentença, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para deferir ao paciente o direito de aguardar o julgamento de seu recurso de apelação em liberdade, ressalvada prisão por outro motivo ou decisão superveniente motivada.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.993 - SP (2017/0090358-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SORAIA ANKA - SP330626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE GIDEAO NUNES CAETANO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE GIDEÃO NUNES CAETANO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, convertida a custódia em prisão preventiva, pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada com o decreto construtivo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem. A ordem, contudo, foi denegada (e-STJ fls. 18/52).

Na presente oportunidade, a defesa sustenta, em síntese, a ilegalidade da segregação cautelar, ante a ausência de fundamentação idônea do decreto de prisão preventiva e dos motivos autorizadores previstos nos art. 312 do Código de Processo Penal, ressaltando que a gravidade abstrata do delito não pode servir como fundamento para a manutenção da medida constritiva.

Afirma que o paciente reúne condições pessoais favoráveis para aguardar o julgamento do processo em liberdade, destacando, ainda, que a quantidade de droga apreendida é ínfima e que o acusado não possui envolvimento com o crime organizado, sendo bem provável que, ao final da instrução, seja aplicada a figura do tráfico privilegiado.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ fls. 55/56), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento do *mandamus* ou denegação da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 63):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Parecer do MPF pela inadmissibilidade do habeas corpus e, se admitido, pela denegação da ordem.

O MM. Juiz de primeiro grau informou a prolação da sentença, em 4/6/2017, que condenou o paciente à pena total de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mais 485 dias-multa, no regime semiaberto, vedado o direito de recorrer em liberdade (e-STJ fls. 74/97).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.993 - SP (2017/0090358-1)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido: STF, HC 113.890, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014, HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012, RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014; STJ, HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014, HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014, HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014, HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014 e HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, registro que, nos termos da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, a superveniência da sentença condenatória, em regra, não prejudica o *habeas corpus* impetrado contra o decreto prisional, quando mantidos os fundamentos que levaram a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decretação da segregação cautelar, como no caso concreto (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015).

Na hipótese, alega-se a existência de constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação válida para a decretação da prisão preventiva do paciente, após flagrante por tráfico de drogas, em 19/5/2016, quando foi preso com 79g de maconha e 22,6g de cocaína.

A prisão preventiva é medida sabidamente excepcional em nosso ordenamento jurídico. Deve sempre estar calcada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre, objetivamente, a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Na hipótese, o MM. Juiz assim se pronunciou ao converter o flagrante em preventiva (e-STJ fls. 8/9):

"Não há razões para se determinar o relaxamento da prisão. Está presente a hipótese de flagrante delito e não se vislumbra qualquer ilegalidade evidente, estando o auto de prisão em flagrante formalmente em ordem.

O indiciado foi flagrado em posse das drogas apreendidas, em circunstâncias que denotavam a prática do comércio ilegal de entorpecentes. Em princípio, portanto, correta a sua prisão em flagrante.

De outro lado, entendo presentes os requisitos legais para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Ao praticar delito de tráfico de drogas equiparado pelo legislador aos crimes hediondos, tendo a posse de razoável quantidade de material entorpecente com destinação a terceiros, sem demonstrar exercer qualquer ocupação lícita, resta evidenciado que o indiciado faz de seu meio de vida a traficância, crime de alta periculosidade, pois fomenta a prática de outros e desagrega famílias.

Ante a periculosidade concreta e a gravidade do delito equiparado ao hediondo, a denotar o risco que representa para a coletividade, conclui-se que a prisão do indiciado é necessária para a garantia da ordem pública e não pode ser substituída por outras medidas cautelares que são insuficientes para inibir a prática de novos delitos pelo indiciado.

Ademais, frise-se que não há prova de ocupação lícita do indiciado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo forçoso concluir que, em sendo libertado, poderá se evadir, furtando-se à aplicação da Lei Penal. Nestes termos, a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão (previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal) são inadequadas e insuficientes para o caso concreto aqui analisado, razão pela qual, nos termos do artigo 282 em conjunto com o artigo 310, II, do Código de Processo Penal, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva mostra-se de rigor.

Expeça-se de mandado de prisão preventiva contra o indiciado Alexandre Gideão Nunes Caetano.

Oportunamente, distribua-se ao juízo competente.

O Tribunal *a quo*, após diversas considerações de cunho doutrinário, ratificou o *decisum*, aduzindo o que se segue, no que interessa ao presente julgamento (e-STJ fls. 26/52):

O "fumus comissi delicti" está consubstanciado na prova da existência do crime e de indícios de autoria, não havendo a necessidade de se provar a existência do crime em todos os seus elementos constitutivos, mas apenas a demonstração da existência de um fato típico.

Já o "periculum libertatis" está consubstanciado nos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, todos descritos na primeira parte do art. 312, do Código de Processo Penal, os quais já fiz menção acima e explicarei pormenorizadamente a seguir.

O primeiro deles, garantia da ordem pública, a meu sentir, é explicado com esmero por Guilherme de Souza Nucci, a saber:

(...).

Superada, em aligeiradas linhas, a análise preliminar sobre o tema da prisão preventiva, passo à análise do mérito deste "habeas".

Deveras, deflui da impetração, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois, no dia 19 de maio de 2016, foi preso em flagrante pela prática do crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, certo que após ser comunicado dos referidos fatos, o MM. Juiz de Direito, ora autoridade coatora, verificou a presença dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e assim converteu a sua prisão.

Leia-se a r. decisão que converteu a prisão flagrancial em prisão preventiva, por sinal bem fundamentada:

(...).

Pois bem.

Logo, pela simples leitura da r. decisão da autoridade coatora, parece-me que a custódia cautelar do paciente se encontra devidamente justificada, pois presentes o "fumus comissi delicti" e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"periculum libertatis", este sob a perspectiva da garantia da ordem pública, haja vista que se imputa ao paciente a autoria de crime gravíssimo, tráfico de drogas, espécie de crime que vem intranquilizando a sociedade, gerando clamor público, estando o Estado de São Paulo infestado, em ordem crescente, de crimes desta natureza, que trazem insegurança social e ceifam inúmeras famílias (aqui, foram apreendidos 08 invólucros de "maconha" e 21 invólucros de "cocaína" em poder do paciente, além de R\$ 128,00 - cf. auto de exibição e apreensão a fls. 17), motivos estes que sem sombra de dúvida são mais do que suficientes para a manutenção da sua custódia cautelar e impedem, "ipso facto", a escolha por medidas cautelares diversas da prisão. Inteligência do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."

Mesmo porque, a r. decisão não considerou apenas e tão-somente a gravidade do crime (equiparado ao hediondo), mas também as circunstâncias que tangenciaram a abordagem do paciente, ele que trazia consigo considerável quantidade de "maconha" (08 invólucros) e "cocaína" (21 invólucros), distribuídas em porções individuais e prontas para a venda, daí a presença do requisito da garantia da ordem pública, sobretudo.

(...).

Seguindo e concluindo.

De outro vértice, nada interessa eventual primariedade, residência certa ou emprego fixo do paciente, que são irrelevantes e não constituem razão suficiente para a revogação da sua prisão preventiva. Aliás, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

(...).

Logo, com essas considerações, denego a ordem deste habeas.

Por ocasião da sentença, o MM. Juiz fixou a pena-base em 6 anos e 8 meses, em razão da nocividade do entorpecente apreendido (cocaína), reduzindo a reprimenda a 5 anos, em vista da menoridade relativa e por força da confissão. Ao depois, reconheceu a causa de aumento do art. 40, III, e aplicou a minorante do art. 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/2006, totalizando a reprimenda 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto. O direito de recorrer em liberdade foi indeferido, *uma vez que, preso em flagrante delito, permanecem as circunstâncias que autorizam a manutenção de sua custódia cautelar. Ademais, não há elementos para formar a convicção de que atenderia ao futuro chamado judicial se foss, agora, colocado em liberdade, mormente*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

após condenação. Destarte, a manutenção da custódia faz-se necessária para aplicação da lei penal e assegurar a manutenção da ordem pública (e-STJ fl. 96).

Na hipótese dos autos, depreende-se que nenhuma das decisões impugnadas indicaram elementos concretos para embasar a necessidade da segregação do recorrente. Com efeito, limitaram-se a referências sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e seus efeitos deletérios sobre a sociedade. Sem olvidar a nocividade do delito, a prisão preventiva deve estar embasada em motivação concreta calcada na presença de algum dos pressupostos do art. 312 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, ratificando que a prisão cautelar deve sempre estar embasada nos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a prisão provisória – que não deve se confundir com a prisão-pena (*carcer ad poenam*) – não detém o objetivo de atribuir punição antecipada 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, de reiteração da prática delitiva, ou quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. No caso dos autos, não há fundamentos idôneos que justifiquem a prisão processual do paciente. **A alegação da necessidade de preservação da ordem pública, com fundamento na periculosidade do agente e na gravidade do delito, evidenciados indevidamente por elementos que denotam apenas a participação do paciente na atividade criminosa, configura nítido constrangimento ilegal, especialmente diante da pequena quantidade de droga apreendida (44 pedras de crack, pesando 8,08g; duas buchas de maconha, pesando 6,25g e uma bucha de maconha pesando 0,92g), e do fato de não haver nos autos notícias de envolvimento do paciente em outros delitos, sendo ele, a princípio, primário e com bons antecedentes.**

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau, observada a possibilidade de decretação de nova prisão, devidamente fundamentada, desde que demonstrada concretamente sua necessidade. (HC 388.287/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017).

Embora, em princípio, a quantidade do entorpecente seja apta a indicar a traficância (79g de maconha e 22,6g de cocaína), não é exacerbada a ponto de demonstrar comércio de grandes proporções, e justificar, por si só, a necessidade da segregação antecipada. Aliás, a quantidade ou a nocividade da droga sequer foi mencionada pelo juízo para justificar a prisão preventiva, ao contrário do que afirmou o acórdão ora impugnado.

Nos termos da orientação desta Corte, é vedado ao Tribunal a quo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acrescentar fundamentos ao decreto prisional exarado em primeiro grau, inovando indevidamente na motivação da custódia (RHC 77.288/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

Em igual sentido:

(...) 2. In casu, existe manifesta ilegalidade pois a custódia provisória foi mantida sem apontar elementos que demonstrem a necessidade da medida extrema. A decisão não ofereceu qualquer motivação concreta, por mais sucinta que fosse, para justificar a segregação do sentenciado naquele momento processual.

3. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.

4. Recurso a que se dá provimento, a fim de que o acusado possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso. Cumulativamente, fixo a medida cautelar prevista no artigo 319, I, do Código de Processo Penal, determinando o comparecimento periódico em juízo do réu para justificar e informar atividades, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso não adimplida a medida aqui fixada. (RHC n. 69.984/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

(...) 2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do quantum da pena em abstrato, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

3. Não é possível que o Tribunal agregue novos elementos à decisão de primeira instância, por constituir inovação da fundamentação. Precedentes.

4. Recurso provido para determinar a soltura do recorrente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal. (RHC n. 68.637/ES, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016).

(...) 4. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevida inovação. (Precedentes.)

(...).

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, devendo o Juízo de primeiro grau verificar se é o caso de se aplicar as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Ressalva-se a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, desde que apresentados motivos para tanto. (HC n. 342.067/AM, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016).

As 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, como ocorre no caso concreto, mormente em caso em que aplicada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a indicar que não restou comprovado que o paciente integra organização criminosa ou se dedica a atividades criminosas.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para deferir ao paciente o direito de aguardar o julgamento de seu recurso de apelação em liberdade, salvo prisão por outro motivo ou decisão superveniente motivada.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0090358-1

HC 396.993 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000576322016826061 201600000880554 22068292320168260000 51522016
576322016826061

EM MESA

JULGADO: 15/08/2017

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 DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SORAIA ANKA - SP330626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE GIDEAO NUNES CAETANO (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 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.