



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.017 - SP (2014/0333960-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO SILVERIO LIMA
ADVOGADO : RENATO SILVERIO LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIEZER APARECIDO DE JESUS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA. NEGADO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A MEDIDA. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. ÓBICE LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO AFASTADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

2. *In casu*, custódia cautelar que não se justifica, tendo em vista a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração máxima de 2/3 (dois terços), totalizando uma reprimenda de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, não tendo o magistrado justificado a necessidade da segregação cautelar após a sentença, a não ser pelo fato de o paciente ter permanecido preso durante a instrução criminal, fundamento que se mostra insuficiente.

3. Afasta-se o fundamento constante do acórdão guerreado referente à vedação da liberdade provisória aos acusados pela prática dos delitos descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma, porquanto encontra-se na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal.

4. *Habeas corpus* concedido a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 12 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.017 - SP (2014/0333960-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO SILVERIO LIMA
ADVOGADO : RENATO SILVERIO LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIEZER APARECIDO DE JESUS (PRESO)

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de ELIEZER APARECIDO DE JESUS, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, HC 2177404-19.2014.8.26.0000.

Na origem, foi impetrado anterior *habeas corpus* em favor do paciente, preso em caráter preventivo por conversão, processado e condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de um ano e oito meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 167 dias-multa, contra ato do Dr. Durval José de Moraes Leme, MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro, sob a alegação de constrangimento ilegal, porque foi denegado ao paciente o direito de recorrer em liberdade, malgrado estejam ausentes os requisitos da prisão preventiva e ele seja mero usuário de drogas, primário com bons antecedentes, família constituída, residência fixa e ocupação lícita, além de não ter ficado prova a autoria e materialidade do tráfico de drogas. Daí, ter objetivado a concessão do direito de aguardar em liberdade o processamento da apelação.

A ordem, contudo, foi denegada ao seguinte argumento:

Não bastasse isso, verifica-se dos autos que a defesa do paciente interpôs recurso de apelação da r. sentença condenatória, de modo que, embora não se saiba qual a sua amplitude, toda a matéria será devolvida a esta Corte de Justiça.

Desse modo, convém lembrar que o *habeas corpus* não comporta conhecimento se a matéria nele versada coincide com aquela trazida a debate no recurso interposto em prol do paciente, consoante tem iterativamente ditado a jurisprudência.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, por infração ao artigo 33, *caput*, c.c. o seu § 4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, mas o douto Magistrado *a quo* denegou-lhe o direito de apelar em liberdade, considerando que ele respondeu ao processo preso e subsistem os requisitos da prisão preventiva (p. 107).

Ora, não se pode olvidar que o paciente se encontra preso desde o limiar da ação penal. Contudo, embora alegue que lhe foi denegado o direito de recorrer em liberdade quando fazia jus a esse benefício, deixou de apresentar qualquer elemento apto a demonstrar que a medida privativa da liberdade era ilegal desde o início ou, se não o era, em que momento se tornou afrontosa ao ordenamento jurídico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sim, porque o que se observa, a despeito do sustentado pelo combativo impetrante, é que o MM. Juiz de Primeiro Grau, quando da prolação da r. sentença, manteve a custódia cautelar por entender que continuam presentes os requisitos para tanto, máxime em face da extrema gravidade do delito, o qual, aliás, integra a categoria dos assemelhados aos hediondos.

Restou sobremodo claro, portanto, que o MM. Juiz sentenciante entendeu subsistirem íntegros os motivos que orientaram a manutenção da custódia cautelar, a evidenciar a necessidade de ser negado ao paciente o direito de aguardar o julgamento de sua apelação em liberdade, estando a decisão, nesse aspecto, em perfeita consonância com a regra do artigo 59 da Lei nº 11.343/06 e a norma inscrita no artigo 93, inciso IX, da Carta Constitucional de 1988.

Importante lembrar, ainda, que o disposto no artigo 59 da Lei nº 11.343/06 somente teria aplicação se o paciente estivesse em liberdade no momento da prolação da sentença, sob pena de expressa colisão com o comando normativo do artigo 44 do mesmo diploma legal antedito que proíbe a liberdade provisória aos acusados por tráfico de entorpecentes, situação que se afiguraria inconcebível.

Outrossim, oportuno observar que a melhor doutrina em torno da norma do artigo 59 da Lei nº 11.343/06 inclina-se justamente no sentido de inadmitir a possibilidade de o réu beneficiar-se do recurso em liberdade quando foi mantido preso ao longo do processo penal. (...) (fls. 75-77).

Não se conformando, comparece perante esta Corte, reavivando, essencialmente, o quanto já apregoadado na origem.

Aduz que "a acusação é totalmente improcedente" (fl. 4). E segue com considerações de mérito.

Salienta que o juiz de primeiro grau só manteve a prisão preventiva do paciente, porquanto ele não faria jus ao *sursis*.

Pontua ser o paciente pessoa íntegra, trabalhadora, primária, com domicílio certo, e sem antecedentes.

Invoca o princípio da desconsideração prévia de culpabilidade.

Pede, liminarmente e no mérito, a liberação do paciente, ou, sucessivamente, o deferimento do *sursis*.

A liminar foi indeferida às fls. 89-93.

Foram juntadas informações às fls. 96-126 e 128-143.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Oswaldo José Barbosa Silva, manifestou-se "pela inadmissibilidade do *habeas corpus*, mas se admitido, pela concessão da ordem". (fls. 148-154).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.017 - SP (2014/0333960-6)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA. NEGADO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A MEDIDA. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. ÓBICE LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO AFASTADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

2. *In casu*, custódia cautelar que não se justifica, tendo em vista a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração máxima de 2/3 (dois terços), totalizando uma reprimenda de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, não tendo o magistrado justificado a necessidade da segregação cautelar após a sentença, a não ser pelo fato de o paciente ter permanecido preso durante a instrução criminal, fundamento que se mostra insuficiente.

3. Afasta-se o fundamento constante do acórdão guerreado referente à vedação da liberdade provisória aos acusados pela prática dos delitos descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma, porquanto encontra-se na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal.

4. *Habeas corpus* concedido a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do paciente.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

In casu, em 29.05.2014, a prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva dada a suposta prática de crime de tráfico de entorpecentes (fls. 52-54):

Consta que policiais civis se dirigiram ao local dos fatos, residência do indiciado, a fim de darem cumprimento a mandado de busca e apreensão autorizado no procedimento cautelar de nº 0005869-78.2014.8.26.0510 - controle nº 556/14, em razão de haverem indícios que o indiciado estaria a praticar o comércio ilícito de entorpecentes em sua moradia.

Ao chegarem ao local, situado defronte a uma escola municipal, adentraram no imóvel e lá estava o indiciado dormindo em seu quarto sozinho, enquanto que em outro cômodo dormiam seu cunhado e um amigo. Através das buscas realizadas logrou-se localizar em uma cômoda do quarto em que dormia uma caixinha de isopor e dentro dela havia 19 (dezenove) *eppendorfs* de cocaína, a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais) em dinheiro, uma tesoura e dois "potinhos" de fermento em pó geralmente utilizado para aumentar o volume do entorpecentes.

O indiciado admitiu que já comercializou entorpecente, mas que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atualmente não mais pratica o comércio ilícito, aduzindo que a droga encontrada seria para seu próprio uso, seguindo-se a prisão em flagrante.

As circunstâncias expostas trazem sérios indícios da prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Encontra-se comprovada a materialidade do delito, em razão da apreensão de entorpecente, estando presente o *fumus comissi delicti*, requisito exigido para a imposição da segregação cautelar.

E também se apresenta inegável o *periculum libertatis*, a demandar a medida extrema como garantia da ordem pública, que se traduz na tutela dos superiores bens jurídicos protegidos que buscam, em última análise, a tranquilidade do meio social, constituindo-se em dever do Estado.

Trata-se, como se tem assentado, de delito grave, que tem provocado profunda perturbação ao meio social, em âmbito nacional, dando azo a prática de delitos correlatos, contra a pessoa e o patrimônio, com larga penetração, a exigir atividade jurisdicional pronta e eficaz, de natureza cautelar, evitando a permanência da disseminação de entorpecentes, que constitui flagelo da atualidade, a bem da ordem pública.

O indiciado, a princípio, está entregue à disseminação do entorpecente, o que demonstra que, mesmo se admitida a possibilidade de concessão de liberdade provisória, as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, que a acompanhariam, não se prestariam a impedir aquela disseminação, mostrando-se ineficazes à proteção do bem juridicamente protegido.

E o Supremo Tribunal Federal já entendeu que a necessidade de se prevenir a reprodução de novos crimes é motivação bastante para se prender o acusado ou indiciado, em sede de prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública.

Dúvida não tem havido sobre a necessidade da segregação cautelar quando se cuida de delitos marcados por violência ou grave ameaça à pessoa, não havendo dificuldade em concluir que tal conduta perturba e vem intranquilizando internamente o meio social, e hoje teme-se com tanta ou maior intensidade aquele que se dedica ao tráfico de entorpecente, pelo que isto tem causado, trazendo gravidade peculiar, ferindo o equilíbrio social e desestabilizando a sociedade, em verdadeiro flagelo gerador de um sem número de delitos correlatos, contra a vida e contra o patrimônio, o que não escapa à percepção do observador que está próximo a realidade.

Tem-se constatado amiúde o recrudescimento de organizações criminosas, cujas ações são mais perceptíveis em comarcas de densidade populacional menor, com aliciamento de pessoas, muitas delas ainda adolescentes, inclusive pequenos comerciantes a formar uma rede de disseminação, inclusive impingindo temor que tem afastado qualquer possibilidade de reação, não sendo incomuns homicídios praticados para a preservação deste estado de coisas, tudo a exigir a medida cautelar, a benefício da ordem pública.

Desta forma, concretamente, a disseminação de entorpecentes importa evidente perturbação ao meio social, aqui residindo o fundamento para a conversão da prisão em flagrante do indiciado Eliezer Aparecido de Jesus em preventiva, nos termos do disposto nos artigos 310, inciso II, 312 e 313, inciso I, todos do Código de Processo Penal, expedindo-se o respectivo mandado.

Em 30.09.2014, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/06, à pena de um ano e oito meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 167 dias-multa, sendo mantida sua segregação cautelar (fls. 132-134):

Isto considerado, passo à dosagem da pena.

Considerando o disposto no artigo 59, do Código Penal, devida a fixação da pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. O acusado é primário e não ostenta registros criminais, sendo possível a aplicação do redutor previsto no §4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em 2/3 (dois terços), já que não se pode dizer que houvesse quantidade expressiva de entorpecente, potencializando a disseminação do entorpecente, totalizando pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do acusado. A despeito da quantidade da pena cominada, reconhecendo aquilo que se tem denominado de "tráfico privilegiado", não há como afastar a natureza hedionda do delito. (...)

Assim, no processo de individualização da pena, respeitado embora entendimento contrário, não se pode ignorar que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes está assemelhado a crime hediondo, ainda que na figura "privilegiada", sendo hediondo aquilo que repugna, sabida a profunda perturbação ao meio social, em âmbito nacional, dando azo à prática de delitos correlatos, contra a pessoa e o patrimônio, tornando incompatível a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade como mecanismo apto à efetiva reprovação da conduta. A propósito, o artigo 44, e incisos, do Código Penal, ao estabelecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos assenta alguns pressupostos de viabilidade, entre estes o da suficiência deste apenamento alternativo como resposta punitiva proporcional aos bens juridicamente violados, o que efetivamente não ocorreria, ante a verificação de ser o delito em comento um dos mais graves do ordenamento penal, compondo uma inegável contradição atribuir ao seu autor sanção correspondente aos delitos de menor gravidade. Deste modo, a natureza hedionda do delito, por opção legislativa, inclusive de alçada constitucional, reafirmada pelo legislador ordinário, constitui resposta a legítimo anseio de ver intensificada a sanção correspondente, inclusive no que diz com a sua execução, tornando incompatível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consagradamente destinada, como dito, a delitos de menor gravidade, ensejando, por isto mesmo, a imposição de regime prisional inicial mais gravoso, a teor do que disposto no artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, introduzindo a progressividade na execução da pena. Ante o exposto e o mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão acusatória e, com fundamento no artigo 33, "caput", c.c. o seu §4º, da Lei nº 11.343/06, CONDENO o acusado ELIEZER APARECIDO DE JESUS à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, corrigido desde a época do fato.

(...)

Deste modo, a pena cominada ao acusado deverá ser inicialmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprida em regime fechado, não lhe sendo facultada a interposição de recurso em liberdade. "O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (Sumula nº 9, do STJ)" (HC nº 86907/RS, Rel. Min. Felix Fisher, DJU, 14.04.2008, p.1). E, especificamente aqui, "a apelação em liberdade prevista no art. 59 da Lei nº 11.343/06 pressupõe a cumulação dos pressupostos da primariedade e da inexistência de antecedentes com o fato de ter o réu respondido em liberdade a ação penal, tanto pela inoccorrência de prisão oriunda de flagrante delito quanto pela inexistência de decreto de prisão preventiva" (HC - Agr. 94.521/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 1º.08.2008). Recomende-se o acusado na prisão em que se encontra e, oportunamente, promova-se o registro da condenação definitiva no sistema informatizado da serventia, comunicando-se o Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (I.I.R.G.D.).

Manejado prévio *writ* na origem, foi a ordem denegada em acórdão assim sumariado (fls. 73):

EMENTA: *Habeas Corpus* - Tráfico de entorpecentes - Insurgência contra a denegação do direito de recurso em liberdade — Alegações de ausência dos requisitos da prisão preventiva e de provas da autoria e materialidade — Inadmissibilidade - Descabimento de discussão aprofundada de matéria fático-probatória nos angustos lindes do remédio heroico — Crime equiparado aos hediondos — Vedação expressa da liberdade provisória na lei nº 11343/06 - Diploma legal esse com fundamento de validade no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Constitucional de 1988, definidor da inafiançabilidade do crime em questão — Decisão de primeiro grau, ademais satisfatoriamente motivada - Sentença condenatória a denegar o direito de apelar em liberdade, em conformidade com o art. 59 da Lei antedita e o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

No caso concreto, é de ver que o juízo sentenciante considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais, fixando a pena-base no mínimo legal, além de aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração máxima de 2/3 (dois terços), totalizando uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Entretanto, negou o direito ao recurso em liberdade ao acusado, preservando sua custódia cautelar, sem apontar elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema antes do trânsito em julgado da ação penal, ressaltando apenas sua permanência na prisão durante toda a instrução criminal, fundamento que se mostra insuficiente.

Ademais, nota-se que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também carece de fundamentação idônea, porquanto calcada, essencialmente, na suposta gravidade do delito e em elementos inerentes ao próprio tipo penal.

Ao que se me afigura, pois, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória não se sustenta, porque nitidamente desvinculada de qualquer elemento de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Dúvida não há, portanto, de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não compactuando com a automática determinação/manutenção de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. Ora, é-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da idéia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentir de imanente falibilidade.

A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção.

A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Assim, não havendo a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO FUNDADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO À LUZ DO ART. 312 DO CPP. CONDIÇÕES PESSOAIS. FAVORABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o réu que respondeu solto à instrução criminal assim deve permanecer, se não tiver dado causa superveniente à decretação da prisão preventiva.

2. Evidente a coação ilegal quando a prisão está fundada unicamente na gravidade abstrata do crime de tráfico, sem indicação de fator concreto a autorizar a medida extrema, à luz do art. 312 do CPP.

3. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença dos motivos a justificar a medida constritiva excepcional.

4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício para permitir que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso.

(HC 275.190/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 26/09/2013)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES.

1. A gravidade do crime com supedâneo em circunstâncias que integram o próprio tipo penal, não constitui, de per si, fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar.

2. Recurso em habeas corpus provido, para confirmar a liminar concedida e revogar a prisão preventiva do recorrente, sem embargo de novo decreto prisional, desde que devidamente fundamentado, ou de imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP.

(RHC 39.476/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/09/2013)

Lado outro, quanto ao fundamento constante do acórdão guerreado referente à vedação da liberdade provisória aos acusados da prática dos delitos descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma, verifica-se que se encontra na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal, razão pela qual, desde já, afasto-o. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. DECLARAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão que concedeu ao paciente, ora agravado, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado, ante a negativa do direito de recorrer em liberdade motivada apenas na menção genérica aos fundamentos autorizadores da prisão cautelar, à gravidade abstrata do delito supostamente cometido e à mera alusão de necessidade da custódia cautelar para assegurar a aplicação da lei penal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 104.339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012.

3. Impõe-se a demonstração da presença dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal com a utilização de elementos concretos, o que, no caso, não ocorreu.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 259.629/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 18/03/2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA E DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO, À MÍNGUA DE ELEMENTOS CONCRETOS, QUE JUSTIFIQUEM A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA (ART. 44 DA LEI 11.343/2006). DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A decisão agravada - que concedeu a ordem, para garantir, ao paciente, o direito de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação - deve ser mantida, eis que está em conformidade com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir de 10/05/2012, quando foi declarada, incidentalmente, pelo Plenário do STF, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006 que vedava o benefício da liberdade provisória aos delitos de tráfico de drogas.

II. Não havendo fundamentação idônea, com base em fatos concretos, quanto à necessidade da prisão do paciente, com demonstração da existência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do CPP), deve ser revogada a custódia cautelar.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 129.637/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013)

Ante o exposto, **concedo** a ordem a fim de que o Paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal n.º 0006172-92.2014.8.26.0510, em trâmite perante a 1.ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro/SP, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0333960-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 312.017 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00061729220148260510 2014000600 21774041920148260000 61729220148260510

EM MESA

JULGADO: 12/02/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO SILVERIO LIMA
ADVOGADO : RENATO SILVERIO LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIEZER APARECIDO DE JESUS (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.