



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.859 - SP (2015/0250386-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ELIZANGELA OLIVEIRA DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.
2. O Juízo singular, por ocasião da conversão do flagrante em prisão preventiva, cingiu-se a apontar genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência e a gravidade abstrata do delito, sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de manter o paciente cautelarmente privado de sua liberdade.
3. Habeas corpus concedido para determinar a imediata soltura do paciente, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.859 - SP (2015/0250386-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ELIZANGELA OLIVEIRA DOS SANTOS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FELIPE DOS SANTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

FELIPE DOS SANTOS, paciente neste habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no Habeas Corpus n. 2159663-96.2015.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e responde pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Posteriormente, a custódia foi convertida em preventiva.

Alega a impetrante, em suma, ausência de fundamentação na decisão que determinou a prisão cautelar. Aduz que o Magistrado de primeiro grau utilizou a gravidade abstrata do delito sem apontar nenhum elemento concreto da suposta prática delitiva.

Requer, liminarmente e no mérito, seja revogada a prisão preventiva do paciente.

Não concedida a medida liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal, que pugnou "pelo não conhecimento do writ substitutivo, ao tempo em que requer seja concedida a ordem de habeas corpus de ofício, determinando-se o relaxamento da prisão cautelar impingida ao paciente" (fl. 186).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.859 - SP (2015/0250386-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. O Juízo singular, por ocasião da conversão do flagrante em prisão preventiva, cingiu-se a apontar genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência e a gravidade abstrata do delito, sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de manter o paciente cautelarmente privado de sua liberdade.

3. Habeas corpus concedido para determinar a imediata soltura do paciente, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

O Juízo singular converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, destacando **a quantidade e a natureza das drogas apreendidas** em seu poder, pelas razões que seguem abaixo:

Na esteira da manifestação ministerial de fls. 27, estando o flagrante formalmente em ordem e presentes os requisitos legais para manutenção da custódia cautelar, converto a prisão em flagrante em preventiva.

Com efeito, com as alterações no Código do Processo Penal promovidas pela Lei 12.403/11, diante de uma situação de flagrância, caberá ao magistrado, de maneira fundamentada:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- I. relaxar a prisão ilegal ou;
- II. converter a prisão em flagrante em preventiva ou
- III. conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para decidir a respeito, ademais, duas questões devem ser analisadas.

A primeira delas diz respeito à presença ou não dos fundamentos (circunstâncias fáticas) que tornam a prisão uma necessidade. Tais fundamentos são aqueles elencados pelo art. 312 do Código de Processo Penal e, consoante se deduz de mera leitura, trazem consigo uma margem considerável de subjetividade. Dispõe tal artigo de lei que somente caberá prisão preventiva na hipótese de a liberdade do acusado representar risco à ordem pública, ou à ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal, ou, por fim, para assegurar a aplicação da lei penal. No caso dos autos, patente que não encontra guarida no ordenamento jurídico a proteção e manutenção de liberdade de pessoas que, em tese, praticam ações deliberadas com fins a se atingir a saúde pública, em verdadeira demonstração de ousadia, destemor, frieza, periculosidade elevada e inaptidão ao convívio social.

Com efeito, extrai-se da cópia do flagrante, com destaque da narrativa do policial Márcio Rocha (fls. 06), roborada *in totum* pelo também policial Claudinei Antonio Moutinho (fls. 08), que "realizava patrulhamento a bordo da VTR-26849, unidade GARRA ALPHA 3, acompanhado do carcereiro policial MOUTINHO, quando avistaram o averiguado sentando em um banco de cimento situado em um campo de futebol, conhecido como ponto de venda de drogas, uma vez que diversos outros flagrantes já forma realizados naquele mesmo local. Disse que então decidiram pela abordagem e localizaram em revista pessoal um único "pino" contendo cocaína, sendo certo que indagado a respeito o averiguado afirmou ser apenas usuário de entorpecente. Disse, entretanto, que o averiguado apresentava comportamento muito nervoso e assustado, incompatível com a de alguém que fora flagrado apenas fazendo uso de entorpecente, razão pela qual insistiram na inquirição e momento depois o averiguado acabou por confessar a prática do tráfico de entorpecentes e indicar o local onde estava acondicionada o restante da droga. Disse que localizaram no total a quantia de de R\$ 20,00 (vinte) reais em espécie e 36 (trinta e seis) invólucros plásticos contendo substância que aparentava ser cocaína. Disse que indagado o averiguado disse que trabalhava como traficante há cerca de um mês naquele local e que seu turno de serviço começara as 18:00 hs, se encerrando às 06:00hs".

Por outro lado, o laudo de constatação concluiu que a substância apreendida tratava-se de cocaína (fls. 18).

Esses dados que emergem do auto de prisão em flagrante, constituem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indícios suficientes da materialidade e autoria atribuída ao indiciado, de sorte a autorizar perfeitamente a apuração do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente.

Demonstrada, pois, a presença do *fumus commissi delicti*.

Ultrapassada a etapa de análise referente aos fundamentos da prisão, deve ser verificada a presença de ao menos um dos requisitos para tanto, sendo estes, ao contrário dos fundamentos, de natureza objetiva e devidamente indicados de forma taxativa pela lei: crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (inc. I); reincidência (inc. II) e delitos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, bem como para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. **No caso dos autos, preenchidos o requisito do inciso I do CPP.**

Ademais disso, a prisão cautelar, ao contrário do que se propaga nos meios defensivos, não constitui qualquer afronta à ordem constitucional, haja vista que o postulado constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) coexiste perfeitamente com a prisão em flagrante e a prisão ordenada pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF), que são igualmente contempladas pela mesma Carta Constitucional de 1988.

Deste modo, conclui-se que se funda o decreto de prisão preventiva na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, bem como na presença de um dos requisitos legais (pena superior a quatro anos), tudo em consonância com o preceito dos artigos 310, 312, 313 e 315, todos do Código de Processo Penal, não havendo lugar na espécie, como corolário, para nenhuma das medidas cautelares pessoais elencadas no artigo 319 do Código antedito, também com a redação que lhe conferiu a Lei nº 12.403/2011.

A tudo isso deve ser adicionado o fato de que o delito imputado ao acusado é equiparado a hediondo por norma constitucional, o que, no entender deste magistrado, basta de per si para fins de se decretar a prisão preventiva (fls. 16-18, destaquei).

Urge consignar que, consoante descrito no auto de prisão em flagrante, os 36 invólucros consistiam em "26 (vinte e seis) invólucros plásticos contendo cocaína em pedras (crack) (5,5g) e 10 (dez) invólucros plásticos contendo socaína (*sic*) em pó (5,9g)" (fl. 24).

Por sua vez, o Tribunal *a quo* manteve a custódia preventiva, ao denegar o habeas corpus lá impetrado, ao argumento de que, "[c]om isto, faz o Estado agir, em represália e atenção, também, à gravidade de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta" (fl. 12).

II. Dever de motivação das decisões jurisdicionais

Conforme imposição do art. 93, IX, da Constituição Federal ("Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade..."), **funciona como garantia da atuação imparcial e *secundum legis* (sentido lato) do órgão julgador.**

Como bem ensina Antônio Magalhães Gomes Filho, a motivação exerce quer uma função *política*, quer uma *garantia processual*. Como função política, a motivação das decisões judiciais "transcende o âmbito próprio do processo" (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 80), alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a "atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional" (op. cit, p. 95).

Presta-se, assim, a motivação das decisões jurisdicionais a servir de controle, da sociedade e das partes, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto.

O dever de motivação é garantia instrumental, garantia de segundo grau ou *garantia das garantias*, como acentua Luigi Ferrajoli (*Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 492), porquanto permite saber, pelo exame das razões indicadas na decisão, se os demais direitos e garantias do acusado (as *garantias primárias*, que seriam o contraditório, o ônus da prova da acusação e a defesa) foram observadas, até para que se viabilize o controle recursal do ato supressor da liberdade, quer por meio de habeas corpus, quer por meio de recurso previsto na legislação processual.

É dever, portanto, do magistrado explicitar o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, **válida se forem indicados os motivos concretos pelos quais se decreta a prisão.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido se alinha o pensamento sempre lúcido de Hédio Tornaghi (*Curso de processo penal*. v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 87):

O juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: 'considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública ...' ou então 'a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal ...'. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar.

Também da inteligência de Tornaghi (op. cit., p. 159) provém a seguinte lição:

O Estado expressa na lei sua vontade a respeito de cada relação ou situação jurídica, pacífica ou litigiosa. Mas o faz de maneira geral e abstrata, sem atenção às peculiaridades de cada caso específico e concreto. Ao surgir a necessidade de dizer o que é direito em determinada hipótese (jurisdizer), o juiz deve se pronunciar sobre qual a norma aplicável ao caso (*quaestio iuris*) e sobre como os fatos se apresentam (*quaestio facti*). Em seguida, tem de submeter o fato à lei. Tudo isso exige uma atividade racional.

A mesma lição nos fornece a doutrina estrangeira. Michele Taruffo pontua (Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: *Participação e processo*, Coord. Ada P. Grinover *et al.* São Paulo: RT, 1988, p. 45) que "[...] a justificação do juízo de fato é, na motivação, não menos importante do que a justificação do juízo de direito".

Mais especificamente sobre o tema sob análise, Vittorio Grevi (*Libertà personale dell'imputato e costituzione*. Giuffrè: Milano, 1976, p. 149) sublinha que o dever de motivação das decisões judiciais é ainda mais exigido quando há interferência na liberdade do acusado, por ser imperiosa a demonstração da compatibilidade da prisão com a presunção de inocência. E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arremata:

Trata-se de evitar que a garantia da motivação possa ser substancialmente afastada – o que não é raro ocorrer na prática – mediante o emprego de motivações tautológicas, apodíticas ou aparentes, ou mesmo por meio da preguiçosa repetição de determinadas fórmulas reiterativas dos textos normativos, em ocasiões reproduzidas mecanicamente em termos tão genéricos que poderiam adaptar-se a qualquer situação.

Essa tem sido, aliás, a percepção dos tribunais pátrios, que, após um longo período de tolerância das prisões que decorriam da mera circunstância de ser alguém, portador de maus antecedentes, pronunciado ou condenado por crime inafiançável, passaram a assentar que, independentemente da gravidade do crime imputado ao réu pronunciado ou condenado, e mesmo diante dos seus maus antecedentes, a prisão decorrente de pronúncia ou sentença penal condenatória recorrível – antes da eliminação de ambas pela reforma legislativa de 2008 – somente seria legítima se evidenciada a necessidade concreta da cautela, à luz dos parâmetros estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Em igual direção se notabiliza a jurisprudência que se construiu ao longo dos últimos anos, mercê da qual, **mesmo para os crimes qualificados como hediondos e os a eles assemelhados, também se passou a demandar motivação judicial voltada a evidenciar a existência de motivos concretos para manter sob custódia cautelar os autores dessas infrações de elevada gravidade.** É dizer, embora com a clara opção constitucional por um recrudescimento do trato jurídico-penal dos crimes hediondos e de outros a eles assemelhados (conforme disposto no art. 5º, XLIII, da C.R.), não se subtrai de seus eventuais autores direitos inarredáveis à condição de acusado em um processo penal, tal qual o direito à motivação das decisões jurisdicionais, notadamente das que interferem na liberdade de locomoção.

Não é outra a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal vem, há anos, interpretando a legislação infraconstitucional de tal modo a ajustá-la a algumas balizas sobre as quais se apoia o devido processo penal, a exemplo do direito à liberdade provisória, do direito à progressividade da execução das penas e até, em certos casos, do direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Prisão preventiva – motivação inidônea

É assente na doutrina e na jurisprudência pátrias que, **para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP**, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (fundamentação *ope legis*).

Dito de outro modo, para a decretação da prisão preventiva, são necessários prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como ao menos uma das exigências cautelares previstas no art. 312 do Código de Processo Penal (*periculum libertatis*).

Sob essas premissas, verifico que não se mostram suficientes as razões invocadas pelo Juízo singular para **justificar a imprescindibilidade da manutenção da prisão provisória** do ora paciente, porquanto deixou de contextualizar, em dados concretos dos autos, a necessidade cautelar de sua segregação.

Na espécie, o Juízo de primeiro grau, ao converter o flagrante em prisão preventiva, **apenas apontou genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência e a gravidade abstrata do delito, sem indicar motivação suficiente** para justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade.

Concluo, assim, ter havido **restrição à liberdade do paciente sem a devida fundamentação** que demonstrasse a exigência cautelar justificadora da custódia, uma vez que, no *decisum* vergastado, não há referência às circunstâncias da conduta delitiva que exacerbariam os contornos e as consequências inerentes ao crime imputado ao paciente.

Assim, diante da ausência de qualquer circunstância que demonstre maior periculosidade do agente ou acentuada reprovabilidade de sua conduta, **impõe-se a concessão da ordem**.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem** para determinar a imediata soltura do paciente, ressalvada a possibilidade de nova decretação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

custódia cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0250386-9

HC 337.859 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00149651820158260554 149651820158260554 20150000677580 21596659620158260000
4242015

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ELIZANGELA OLIVEIRA DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.