



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.317 - SP (2016/0093319-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **FABIANA MENDES DOS SANTOS**
ADVOGADA : **FABIANA MENDES DOS SANTOS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **EDINEY PEREIRA FREITAS DA SILVA (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. HEDIONDEZ E POUCA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. ARGUMENTOS GENÉRICOS. COMPLEMENTAÇÃO DO DECRETO PELO TRIBUNAL IMPETRADO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO, COM BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA. MEDIDAS CAUTELARES. ADEQUAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O exame de ofício do constrangimento ilegal indica que o decreto prisional carece de fundamentação idônea. 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. Caso em que o decreto impôs a prisão preventiva ao paciente com base na hediondez do delito e na quantidade de substância entorpecente apreendida em seu poder (3,2 gramas de cocaína e 2 gramas de maconha). As circunstâncias levantadas no decreto não são bastantes para justificar a segregação do paciente, tendo em vista (i) a pequena quantidade de drogas apreendidas em seu poder; (ii) as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa; (iii) a ausência de informação sobre *modus operandi* excepcional; e (iv) o fato de que a hediondez do delito não tem o condão de amparar a medida extrema. Constrangimento ilegal configurado.

4. Novos fundamentos agregados pelo Tribunal de origem não servem para suprir eventual deficiência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Precedentes do STF e STJ.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar o decreto prisional 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, 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), 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.317 - SP (2016/0093319-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : FABIANA MENDES DOS SANTOS
ADVOGADA : FABIANA MENDES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDINEY PEREIRA FREITAS DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de EDINEY PEREIRA FREITAS DA SILVA contra decisão monocrática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no julgamento do HC n. 0078635-73.2015.8.26.0000, por considerá-la manifestamente improcedente.

O paciente, preso em flagrante no dia 19 de novembro de 2015 (e convertida a custódia em preventiva – e-STJ fls. 83/84), foi denunciado pela suposta infringência ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.434/2006 porque teria sido observado pela autoridade policial trocando objetos com transeuntes e trazia consigo 9 (nove) invólucros plásticos contendo cocaína (3,2 gramas), 2 invólucros contendo maconha (2,00 gramas); além da quantia de R\$ 22,00 (vinte e dois reais) reais em espécie (denúncia e-STJ fls. 89/90).

Irresignada com a prisão cautelar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem. A ordem, como antes relatado, foi denegada (e-STJ fls. 111/121), nos termos da seguinte ementa:

Habeas corpus Tráfico de entorpecente.

Possibilidade de indeferimento liminar pela Turma Julgadora Interpretação a que conduzem o artigo 93, inciso XV da Constituição Federal, o artigo 663 do Código de Processo Penal e o artigo 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ausência de motivação inexistente Fundamentação sucinta que não se confunde com falta de motivação.

Crime grave (concretamente considerado) que justifica a prisão processual A periculosidade é causa para a decretação da custódia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória. Writ denegado.

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/12), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal por ausência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente (gravidade abstrata do delito).

Aduz que a concessão da liberdade provisória é permitida pela legislação vigente e destaca, ainda, as condições pessoais favoráveis do paciente, que é primário, possui residência fixa e ocupação lícita.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela expedição de alvará de soltura, para que o paciente possa responder ao processo em liberdade.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 123/125); prestadas as informações (e-STJ fls. 134/136), o Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 156/165).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.317 - SP (2016/0093319-8)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, por inadequação da via eleita. Explico.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, em síntese, no presente *writ*, a revogação da prisão preventiva do paciente, denunciado por tráfico ilícito de entorpecentes.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 as decisões estejam pautadas em motivações concretas, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Pois bem, o art. 312 do Código de Processo Penal determina que *A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

Entende-se pela expressão [garantia da ordem pública] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização for um sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente (NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699).

A conveniência da instrução processual, por sua vez, é *motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras* (NUCCI, idem, p. 708, grifo nosso).

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal (idem, p. 710, grifo original).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não ampara, por si só, 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.

Na hipótese, ao decretar a prisão preventiva do paciente, o Juiz singular pautou-se na hediondez do delito e na garantia da ordem pública (quantidade de drogas), nos seguintes termos (e-STJ fls. 83/84):

1. Flagrante formalmente em ordem. Encaminhe-se no primeiro dia útil para distribuição;

2. DECRETO a prisão preventiva de EDINEY PEREIRA FREITAS DA SILVA, o que faço com base 110 art. 312 do CPP. convertendo sua prisão em flagrante, consoante o disposto no art. 310, II. do mesmo diploma legal,

Está presente hipótese de flagrante delito, subsumida às regras do art. 302 do CPP. O auto de flagrante está formalmente em ordem, não havendo nada a justificar seu relaxamento.

Ele é acusado de delito violento, equiparado a hediondo e que intranquiliza toda a sociedade, demonstrando personalidade deturpada, merecendo pronta segregação social.

No âmbito provisório, próprio da análise dos autos de prisão em flagrante, há prova de materialidade e indícios de autoria por parte dele, estando na posse de considerável quantidade de entorpecentes - 9 porções de cocaína e 2 de "maconha", com clara indicação da destinação ao tráfico ilícito, pela forma de acondicionamento, circunstâncias da prisão, além da diversidade de entorpecentes e apreensão de dinheiro.

Diante de tal situação, as medidas cautelares previstas no CPP não se mostram suficientes, sendo de rigor a decretação da custódia cautelar para a manutenção da ordem pública, preservação da instrução processual e assecuração da aplicação da lei penal.

O delito de tráfico de drogas é equiparado a hediondo, não merecendo aqueles que dele são acusados tratamento indulgente. Tal crime contribui sobremaneira ao aumento da violência e da criminalidade, sendo ligado ao crime organizado, sendo necessária a custódia cautelar para garantia da ordem pública.

Em consequência, entendendo ser caso de decretação da prisão preventiva. INDEFIRO o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa.

Expeça-se mandado de prisão. (g.n.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal, por sua vez, manteve a custódia cautelar motivado pela gravidade do delito de tráfico, pela vedação legal à concessão de liberdade provisória, por se tratar de crime equiparado a hediondo, bem como na garantia da ordem pública (quantidade de droga apreendida), considerando, ainda, que poderia complementar eventual omissão do decreto. Confira-se, por oportuno, os fundamentos da referida decisão, no que interessa (e-STJ fls. 111/121):

[...]

III- No que concerne à motivação da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não houve falta de fundamentação, consoante se depreende da leitura à respectiva cópia, juntada aos autos (fls. 51/52).

Não obstante seja sintética a decisão, reflexo a necessidade de objetividade para atender a demanda da vara com grande movimento forense, nela não se identifica o vício da ausência das razões do decidir. Não se deve confundir fundamentação sucinta com falta de motivação, pois assim como a prolixidade não é penhor de fundamentação, concisão não é sinônimo de ausência de motivação.

Mais a utilização de expressões abertas ou padronizadas, fruto da necessidade de dar vazão ao crescente movimento forense, não significa tenha o magistrado decidido genericamente, sem consideração do caso concreto. Ao contrário, a natureza dos argumentos utilizados revela que a decisão levou em conta o caso específico posto para exame.

Ainda que assim não fosse, a omissão no primeiro grau de jurisdição não importa na necessária realização de injustiça pela segunda instância, com grave prejuízo à segurança social, nem na opção por trilha burocrática que só serve a tornar morosa a Justiça. Ao contrário, impõe-se suprir a falta e explicitar as razões pelas quais a prisão é adequada à espécie. Esse proceder não configura desatenção à regra da impossibilidade de reformatio in pejus, vez que há mera manutenção da decisão, que fez justiça ao caso concreto, explicitando as razões do Tribunal entender acertado o dispositivo nela adotado. Nem há afronta ao duplo grau de jurisdição, cujo significado foi explicitado em julgado desta Câmara; "Não mais se justifica, no estágio atual de desenvolvimento do direito processual, que o órgão julgador superior e competente para o exame do mérito, após ser regularmente provocado em um processo, deixe de julgar a causa, cuja apreciação não depende de prova, pelo exclusivo amor ao formalismo insculpido na regra, já obsoleta, de que se estaria suprimindo um grau de jurisdição. O duplo grau de jurisdição, nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

palavras de Ugo Rocco, è o instrumento "per cui gli organi giurisdizionali, con poteri e limiti, specificamente determinati dal diritto processuali obiettivo, possono riesaminare il prodotto dell'attività degli organi giurisdizionale." (Direito Processual Civil, vol. I, p. 363). Exaltado como princípio processual- constitucional na Revolução Francesa (Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, p. 139), foi previsto expressamente no artigo 158 da Constituição do Império (1824). Hoje, contudo, sem olvidar a importância desse princípio, que na doutrina de José Frederico Marques não só constitui fator de maior segurança na aplicação da lei como possui ação catalítica e preventiva, porquanto conduz a um maior cuidado na tarefa julgadora (Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, p. 19/20), não mais se lhe deve atribuir contornos constitucionais. Some-se que, cada vez mais, os meios técnicos para garantir a segurança do julgado (a exatidão da aplicação concreta da norma) são permeados por preocupações com a celeridade. O crescer da conscientização de que nem sempre a correta, porém tarda solução faz justiça, conduz à compreensão do duplo grau como possibilidade posta à disposição das partes e, ainda assim, sujeita a restrições. A regra, portanto, é a da faculdade de revisão dos julgados, não a da necessidade dela. Em outras palavras, não se justifica a devolução do processo à primeira instância para a prolação de nova sentença, que posteriormente retornará a esta Corte para confirmação ou reforma, se o processo está em grado de receber de pronto a decisão da instância superior. O princípio do duplo grau de jurisdição não tem por escopo condicionar o julgamento de mérito ao prévio exame em primeiro grau. Esse pré-questionamento serve à regra de competência, à distribuição do serviço para o desafogo das instâncias superiores, que no caso não resta desatendida porque o processo nela já está sendo apreciado. "(Apelação Criminal n.º 889.026-3/3).

A possibilidade da indicação das razões que justificam o acerto da opção pela prisão, suprimindo a omissão do juízo da instância inferior, atende à moderna visão do processo, que enfatiza seu caráter instrumental. Nessa linha o artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal por força do artigo 3º do pergaminho instrumental, admite, inclusive, que em recurso de apelação o Tribunal examine o mérito não enfrentado na primeira instância (Habeas Corpus n.º 875.582-3/2).

IV- Quanto à liberdade provisória, o artigo 5o, inciso XLIII, da Constituição Federal prevê a inafiançabilidade do crime de tráfico ("A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem").

Porque a liberdade provisória é um sucedâneo da prisão processual, que pode ser concedida com a contraprestação da fiança ou, de forma ainda mais branda, sem essa limitação (Fernando Costa Tourinho Filho - Processo Penal, vol. 3, pág. 498, ed. Saraiva, 18ª edição), é razoável o entendimento de que ao tornar **inafiançável o crime de tráfico de entorpecentes**, o texto da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei Maior obstou-lhe a liberdade provisória, ainda mais quando facilitada pela dispensa da garantia real. Não haveria lógica se a Constituição Federal identificasse tamanha gravidade a certa infração que impedisse seu autor de ser libertado provisoriamente mediante a paga de fiança, mas autorizasse essa mesma liberdade sem esse depósito.

Nessa linha há decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: "a proibição de liberdade provisória, nos casos de crime hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da república à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII. Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei nº 8072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. A Lei nº 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava na lei especial (Lei nº 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada"(Habeas Corpus nº 93.229-1/SP, relatora Carmen Lúcia).

"O art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida. Essa orientação já é assente no c. Pretório Excelso, como se depreende do H.C. nº 83468/ES, Rei Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/02/2004, no qual restou consignado, litteris: "(...) a proibição de liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do processo constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais (...). Seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança" (Ministro Sepúlveda Pertence);

"Sendo o crime inafiançável, ela não comportaria mesmo a liberdade provisória. E a Lei 8.072, art. 2º, inciso II, ao falar que não cabem a 'fiança e liberdade provisória', de certa forma foi até um pouco redundante, não haveria nem necessidade da ressalva" (Ministro Carlos Ayres Brito); "Essa circunstância (a inafiançabilidade contida no art. 5º, XLIII, da CF) (...) afasta a liberdade provisória (...) porque se nem mesmo com fiança é possível, o que dirá sem fiança (Ministro Marco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aurélio). Esse entendimento foi recentemente confirmado pela c. Suprema Corte (HC 89068/RN, 1ª Turma, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 23/02/200; HC 89183/MS, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25/08/2006 e HC 86118/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ de 14/10/2005) e, também por esta Corte (HC 67145/GO, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 02/04/2007; DJ de 09/04/2007 e HC 55984/SC, 6ª Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 09/04/2007). Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da nova lei de tóxico (regra específica) "são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de sua penas em restritiva de direitos" (art. 44 da Lei nº U343/06). Writ denegado " (Habeas Corpus nº 76779/MT, relator Felix Fischer).

Ainda que assim não se entenda, o crime imputado ao paciente é grave. Não porque o tráfico de entorpecentes é abstratamente considerado como delito que atinge muito severamente a paz social, fomentando outros ilícitos e destruindo vidas e famílias, mas porque ao paciente foi atribuído o comércio de variadas substâncias estupefacientes (duas porções, com 2,0 gramas de maconha e nove porções, com 3,2 gramas, de cocaína - sendo esta última de elevada capacidade destrutiva) na via pública, durante o dia. Some-se não haver suficiente prova de que o paciente se dedique a outra atividade, além da criminosa que se lhe atribuiu. E era da impetrante o ônus dessa prova, consoante já decidiu esta Câmara no Habeas Corpus nº 891.603-3/7; "se o preso, mesmo primário, sem antecedentes e de baixa idade, desvia sua conduta para a prática de crime grave, a regular prisão só deve ser substituída pela liberdade provisória se realizada prova bastante de que a atividade foi eventual e da sociedade não correr risco com a liberação. Esse ônus é do preso, pois inverte-se a presunção de inocência para esse fim com o regular flagrante.". Em outras palavras, existe a necessidade da custódia para garantia da ordem pública pois, se colocado em liberdade indiciado com esse perfil, há sério risco da conduta ilícita persistir.

Valiosa, sobre o tema da periculosidade, é a lição de Júlio Fabbrini Mirabete: a gravidade do crime, não pela razão direta do dano causado, mas pela audácia e maquinação intelectual, pela sutileza, frieza e premeditação, pode indicar que o autor do fato, perigoso, pode voltar a delinquir se em liberdade, o que justifica plenamente a denegação da liberdade provisória" (Código de Processo Penal interpretado, São Paulo, Atlas).

E o considerar a gravidade da infração concretamente identificada que reflete a periculosidade do autor do ilícito para a identificação de circunstância autorizadora da custódia processual vem sendo aceito pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Estando o decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado, com precisa indicação da necessidade de custódia como garantia da ordem pública, é descabida a sua revogação sob o argumento de ser o réu primário e sem registro de maus antecedentes. A garantia da ordem pública situa-se, precipuamente, na salvaguarda do meio social, violentado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade do crime e pela periculosidade de seus agentes” (RHC 4473-0, relator Vicente Leal).

“A periculosidade do réu evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, se presta para motivar a necessidade de segregação provisória como garantia da ordem pública” (RHC 583/SP, relator Costa Leite).

Acréscase que outras considerações sobre a desnecessidade da prisão e a possibilidade de sua substituição por outra medida cautelar dependeriam de prova, que não foi produzida com a impetração. Em outras palavras cabia a impetrante a produção de suficiente prova sobre a vida do paciente, para assegurar que a grave imputação que lhe recai foi eventual e da sociedade não correr risco com sua libertação. E era da impetrante o ônus dessa prova, consoante já decidiu esta Câmara no Habeas Corpus nº 891.603-3/7: “se o preso, mesmo primário, sem antecedentes e de baixa idade, desvia sua conduta para a prática de crime grave, a regular prisão só deve ser substituída pela liberdade provisória se realizada prova bastante de que a atividade foi eventual e da sociedade não correr risco com a liberação. Esse ônus é do preso, pois inverte-se a presunção de inocência para esse fim com o regular flagrante.” Esse ônus não foi cumprido.

V- Mais, o homem é um ser social e como tal necessita conviver com seus semelhantes, para o que se faz mister o estabelecimento e a obediência a certas regras, que traçam os limites da liberdade individual e fixam os valores coletivos a serem por todos respeitados. Algumas dessas normas, de natureza proibitiva, são tidas como de importância vital para a sociedade, a ponto do desestímulo a sua prática (aspecto preventivo) e da proteção contra sua reiteração (óptica repressiva) serem alcançados com a previsão de pena restritiva da liberdade ao desobediente.

Não se desconhece que a prisão não deva ser a regra, mas a exceção. O ser humano nasceu livre e a liberdade é um dos mais preciosos de seus bens. Por isso, a perda desse relevante direito, sempre que possível, é reservada para após o processo acusatório (com as garantias que lhe são próprias, como a ampla defesa, o contraditório etc.). Nesse momento é que se dá a certeza do acusado haver praticado o crime que lhe é imputado. É ali que se tem a certeza humana (que não é a divina e, portanto, é falível) de não se estar cometendo um erro judiciário. O processo, portanto, tem a função garantista de evitar o erro na imposição do preceito secundário e os abusos na descoberta da verdade. Todavia, a vida é dinâmica, evolui e é sentida a cada instante, enquanto o processo, por constituir relação jurídica e, conseqüentemente, reunir um conjunto de atos, protraí-se no tempo. Por isso e em situações excepcionais, cabe a prisão cautelar porque a urgência identificada no caso concreto impõe sua antecipação, ou porque a realidade dos fatos aflora com tamanha força que o manto da presunção de inocência resta esgarçado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Repita-se, mesmo ante a necessidade de evitar o erro judiciário, mormente na aplicação da norma que impõe a pena privativa da liberdade, há situações que autorizam a antecipação da prisão (ora de natureza processual) como meio necessário à proteção da sociedade contra novas lesões (gravidade concreta, não abstrata), ou porque a evidência da autoria de crime muito grave no plano concreto é tão forte que a liberdade resta incompreensível, verdadeiro afronto à lei material, desacreditando-a, estimulando o descumprimento da diretriz emanada de seu preceito primário e, até mesmo, caracterizando desobediência ao seu preceito secundário. É o que sucede na hipótese da prisão processual, que tem amparo constitucional assim como a presunção de inocência. A liberdade provisória não pode caracterizar afronta manifesta à norma estabelecida pela sociedade para assegurar sua própria sobrevivência. A presunção de inocência evita a prisão desmotivada, decorrente de mera desconfiança, mas não deve obstar a custódia lastreada em fundada suspeita de pessoa que representa perigo à sociedade, sob pena de ser prejudicial a esta última.

*Assim, o princípio da presunção de inocência não obsta a prisão processual. “Os direitos fundamentais estão necessariamente sujeitos a limites, ainda que de natureza e grau muito diversos. Não há liberdades absolutas; elas aparecem, pelo menos, limitadas pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros” (Jorge Miranda, em *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, pág. 174, Quartier Latim, São Paulo, 2006). Assim, a presunção de inocência, como os demais direitos constitucionais ou não deve ser harmonizada com o restante do ordenamento jurídico, de modo a permitir a exata extensão de seu conteúdo. E o estudo sistemático do Processo Penal Constitucional conduz à possibilidade de prisão cautelar decretada por juiz ou em flagrante (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal), sem mácula ao princípio da presunção de inocência. Aliás, há muito está afastada a tese da prisão cautelar violar o princípio da presunção da inocência, consoante tranquila orientação do Supremo Tribunal Federal: “Ementa: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Questão nova. Prisão preventiva. Fuga do réu. Presunção de inocência (cf, art. 5º, LVII). I. Por conter questão nova, não apreciada pelo superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância. II A fuga do réu do distrito da culpa, por si só, justifica o decreto de prisão preventiva. III A presunção constitucional de não-culpabilidade não desautoriza as diversas espécies de prisão processual, prisões inscritas em lei para o fim de fazer cumprida a lei processual ou para fazer vingar a ação penal. IV H.C conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido” (Habeas Corpus nº 81.468/SP relator: Carlos Velloso). Na mesma linha está o aresto proferido no Habeas Corpus nº 1.010.218-3/6.*

Some-se que há nos dias atuais uma preocupação constante com o tempo do processo, havendo necessidade da tutela jurisdicional ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eficazmente prestada, o que não se obtém com a prisão tardia. Por isso já se decidiu que “a excessiva demora na aplicação da lei penal importa em negação ao princípio da duração razoável do processo, inserido na Constituição Federal com a Emenda nº 45/04” (Habeas corpus nº 976.847-3/9). Em outras palavras, no âmbito do direito penal a duração razoável do processo, que serve primordialmente ao direito individual, também ampara a sociedade para garantir a efetiva realização da Justiça. Observe-se que não é nova a preocupação com a tardia prestação jurisdicional: “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim; as lesa no patrimônio, honra e liberdade.” (Rui Barbosa, Edição de Língua Portuguesa, 1924, página 381).

Em síntese, cabe ao Judiciário, dentro dos limites da lei e com razoabilidade, examinar o caso concreto e, com critério de proporcionalidade, estabelecer se no caso concreto deve prevalecer o direito natural à liberdade, ou a necessidade da prisão processual, sempre à vista das considerações acima expostas. E no caso dos autos, pelas razões já expostas, a necessidade da prisão revelou-se mais premente que o direito à liberdade individual do paciente e mais adequada que as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, denega-se o habeas corpus. (grifos nossos)

Em uma análise detida do inteiro teor da decisão singular, preservada pelo Tribunal impetrado, não se verifica a presença de elementos concretos, valorados pelo Magistrado para fins de justificar a necessidade da decretação da prisão do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a necessidade a restrição da liberdade.

Observa-se que a decisão faz uma única referência ao fato de que *há prova da materialidade e indícios de autoria por parte dele, estando na posse de considerável quantidade de entorpecentes - 9 porções de cocaína e 2 de "maconha", com clara indicação da destinação ao tráfico ilícito, pela forma de acondicionamento, circunstâncias da prisão, além da diversidade de entorpecentes e apreensão em dinheiro* (e-STJ fl. 84).

No mais, a decisão faz apenas referências aos termos da lei processual e uma análise teórica à gravidade abstrata/hediondez do delito de tráfico, com expressões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

genéricas e suposições acerca da necessidade da prisão preventiva, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pelo paciente.

A propósito, *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).*

O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão. As circunstâncias levantadas no decreto não são bastantes para a segregação do paciente, caso não tenham sido informados circunstâncias pessoais do acusado ou *modus operandi* excepcionais.

No particular, o paciente guarda, *a priori*, condições pessoais favoráveis, uma vez que é primário e possui residência fixa, trabalhando como ajudante geral. Ademais, as substâncias entorpecentes apreendidas pesam, na totalidade, 3,2 gramas (a cocaína), e 2,00 gramas (a maconha) (laudo pericial às e-STJ fls. 45/47) o que não pode ser considerada quantidade expressiva de drogas. Tampouco há referências ao *modus operandi* excepcional. Por fim, é consabido que a hediondez e a gravidade abstrata do delito não tem o condão de respaldar a segregação cautelar.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do paciente com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, não observou o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (53,88 gramas de maconha) autorizam o decreto cautelar. Precedentes: HC n. 306.695/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015; HC n. 294.972/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014; HC n. 309.011/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do juízo de primeiro grau. (HC n. 329.293/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015, grifo nosso).

Mister registrar, ainda, que o Tribunal impetrado considerou legítima a complementação do decreto prisional, suprindo-lhe as omissões, *in verbis*: A possibilidade da indicação das razões que justificam o acerto da opção pela prisão, suprindo a omissão do juízo da instância inferior, atende à moderna visão do processo, que enfatiza seu caráter instrumental (e-STJ fl. 115).

Não é este o entendimento prevalente nos Tribunais Superiores. Novos fundamentos agregados pelo Tribunal não suprem a ausência de fundamentação do decreto prisional.

Com efeito, *A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciais superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas a posteriori* (HC n. 98.862, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 23/6/2009, Segunda Turma, DJE de 23/10/2009).

Em igual sentido:

[...]. 4. Novos fundamentos apresentados pelo Tribunal a quo tendentes a reforçar a necessidade da prisão provisória não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestam a suprir a ausência de motivação da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. [...]. (HC n. 314.170/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 20/8/2015).

[...]. 2. Não cabe ao Tribunal de origem, em sede de habeas corpus, agregar novos fundamentos para justificar a medida extrema. [...]. (HC n. 325.523/MG, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 17/8/2015).

[...]. VI - Ademais, "não cabe às instâncias superiores, em sede de habeas corpus, adicionar novos fundamentos à decisão de primeiro grau, visando a suprir eventual vício de fundamentação" (HC n. 113945/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 12/11/2013). [...]. (RHC n. 46.742/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 3/11/2014).

[...] 2. A motivação empregada pelo Tribunal a quo para denegar a ordem na impetração originária não é apta a suprir a deficiência de fundamentação do decreto de prisão cautelar. [...]. (HC n. 87.190/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 10/12/2007).

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 a existência de organização criminosa, que necessite ser urgentemente desarticulada, ou quando o agente demonstre uma **intenção efetiva** de não se submeter à aplicação da lei penal.

Em conclusão, o decreto que determinou a segregação cautelar do paciente merece ser revogado porque a quantidade de substância entorpecente apreendida em seu poder e a hediondez do delito não tem o condão de respaldar, por si só, a restrição da sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade.

Por outro lado, *A imposição de medida cautelar não depende da prova certa da materialidade, nem de indícios suficientes de autoria. Esses são requisitos para a prisão preventiva e para o oferecimento da denúncia ou queixa* (NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 282).

Avaliando as circunstâncias do fato concreto, para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, mister substituir a prisão preventiva 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:

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 Juízo da Execução.

A ordem merece ser concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares retromencionadas, sem prejuízo de que nova custódia seja decretada, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes no art. 319 do CPP, a critério do Juízo da Execução.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem** de *habeas corpus*, de ofício, para revogar o decreto prisional de EDYNEI PEREIRA FREITAS DA SILVA, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo Juízo da Execução, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0093319-8

HC 353.317 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00088376020158260635 72402015 88376020158260635

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIANA MENDES DOS SANTOS
ADVOGADA : FABIANA MENDES DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDINEY PEREIRA FREITAS DA SILVA (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.