



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.831 - SP (2016/0110563-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DANIEL MARCONDES DOS SANTOS
ADVOGADO : DANIEL MARCONDES DOS SANTOS - SP343700
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEFF GUILHERME DE LIMA (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO DEVIDAMENTE MOTIVADO. CABIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROPORCIONALIDADE, SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. Na espécie, realizada a prisão em flagrante, a prisão preventiva foi decretada em razão da variedade e quantidade das drogas apreendidas, a saber, 55,72g (cinquenta e cinco gramas e setenta e dois centigramas) de cocaína, 45,22 (quarenta e cinco gramas e vinte e dois centigramas) de maconha e 47 porções de "crack".

3. Contudo, embora indicado dado concreto, a necessidade da imposição da prisão não foi suficientemente demonstrada. No caso, embora a quantidade de droga apreendida não possa ser considerada pequena, também não pode ser, por outro lado, indicativa, por si só, da periculosidade do agente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo. Some-se a isso que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

4. Assim, as particularidades do caso demonstram a suficiência, adequação e proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida, em menor extensão, confirmando a liminar, para substituir a custódia preventiva do paciente por medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser fixadas pelo Juízo de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, conceder a ordem em menor extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.831 - SP (2016/0110563-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DANIEL MARCONDES DOS SANTOS
ADVOGADO : DANIEL MARCONDES DOS SANTOS - SP343700
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEFF GUILHERME DE LIMA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALEFF GUILHERME DE LIMA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2228062-13.2015.8.26.0000).

Do exame dos autos, constata-se que, em 22/8/2015, o paciente, em conhecido ponto de venda de drogas, foi preso em flagrante por guardar, para o fim de entrega ao consumo de terceiros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 55,72g de cocaína, 45,22g de maconha e 10,35g de *crack* (e-STJ fl. 56).

Em 23/8/2015, o Juízo de primeiro grau converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva.

Impetrado prévio *writ* na origem, a ordem foi denegada, nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 108):

Habeas Corpus - Tráfico ilícito de entorpecentes - Pedido de revogação da prisão preventiva - Impossibilidade - Dispositivo legal que veda a concessão de liberdade provisória - Consequência lógica é a vedação à aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, cujo pressuposto é a liberdade provisória - Ordem Denegada.

Nas razões do presente *writ*, o impetrante argumenta, em síntese, que o aresto proferido pela Corte de origem está amparado no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, cuja inconstitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo que o paciente faz jus à liberdade provisória, sobretudo porque apresenta condições pessoais favoráveis, além de ser primário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assevera que o paciente é dependente químico e encontrava-se no local apenas para comprar drogas, não tendo, em momento algum, assumido a propriedade da droga ou admitido a prática da mercancia.

Alega, ainda, ausência de fundamentação da decisão que decretou a constrição cautelar do paciente, a qual não estaria alicerçada em elementos concretos, de sorte que, assegura, não estão presentes as hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Diante disso, requer a concessão de liminar, com a posterior confirmação no mérito, para que seja concedida liberdade provisória sem fiança ao paciente, expedindo o competente de alvará de soltura, com a aplicação, caso necessário, das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi deferida *"para conceder ao paciente liberdade provisória, salvo se por outro motivo estiver preso, até o julgamento definitivo do presente writ. Fica ressalvada a possibilidade de aplicação de eventuais medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como a possibilidade de nova decretação de prisão preventiva, caso demonstrada a sua real necessidade"* (e-STJ fl. 127).

Informações prestadas (e-STJ fls. 133/149 e 151/176).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem em parecer assim ementado (e-STJ fl. 181):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA PREVISTA NA NORMA DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. PRISÃO PREVENTIVA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS INDICATIVAS DE PRÁTICA CONTINUADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.831 - SP (2016/0110563-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Cinge-se a presente irresignação à verificação da existência de fundamentação no decreto que impôs a segregação cautelar ao paciente.

Insta consignar, preliminarmente, que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Decorre de comando constitucional expresso que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

No caso, estes foram os fundamentos invocados para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, *in verbis* (e-STJ fl. 54):

A prisão em flagrante se encontra formalmente em ordem.

Há provas da materialidade do crime (auto apreensão e exibição e laudo de constatação - fls. 12/14) e veementes indícios de autoria, consubstanciados no auto de prisão em flagrante do indiciado (fls. 02), no depoimento das testemunhas de fls. 05 e 07, que informaram que o indiciado foi detido após ser avistado em atitude suspeita, por policiais em patrulhamento, tendo confessado informalmente o delito.

Conforme as máximas da experiência, a reiteração de atos é da essência de qualquer atividade comercial, especialmente da traficância.

Com o indiciado foi apreendida quantidade expressiva e variada de droga - 58 microtubos contendo pó esbranquiçado (cocaína), 47 microtubos contendo cocaína na forma de crack e 17 invólucros contendo erva esverdeada (maconha) - além da quantia de R\$ 79,00, elementos que denotam inserção no perigoso submundo do tráfico, que impulsiona a prática de crimes por parte de usuários e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acaba por financiar a existência de autênticas organizações criminosas.

Além disso, não há qualquer prova indicando que o indiciado tem ocupação lícita -, ou residência certa.

Ante o exposto, convolo a prisão em flagrante em preventiva, determinando a custódia cautelar do indiciado ALEFF GUILHERME DE LIMA, expedindo-se o respectivo mandado de prisão.

O Tribunal de origem manteve a decisão singular, denegando a ordem lá impetrada; valeu-se dos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 145/146):

No mais, a concessão da pretendida liberdade provisória é absolutamente incompatível com o crime imputado à paciente.

Em caso de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, não cabe a concessão de liberdade provisória ou fiança. O impedimento não decorre de interpretação, disto ou daquilo, mas do escorreito cumprimento de texto expresso de lei que veda a concessão desse benefício.

É que o artigo 44 da nova Lei de Tóxicos determina:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

[...]

Ora, se a Constituição Federal proíbe a concessão de liberdade provisória com fiança para determinados delitos, o que representa um plus, forçoso reconhecer que a inconstitucionalidade macula não o diploma legal em que se funda a impetração, mas as decisões que constituem verdadeiro bypass na proibição constitucional, e deferem a liberdade provisória sem fiança para esses mesmos delitos, o que evidentemente é um minus.

A pretexto de garantir a constitucionalidade de um entendimento particular e flagrantemente minoritário, pratica-se uma escancarada inconstitucionalidade.

Não discrepa a jurisprudência de nossos E. Tribunais, já consolidada no sentido contrário a pretensão revelada na impetração. Dentre todos, confira-se o de seguinte teor:

A lei deve ser cumprida. Tal e qual pretendeu o legislador que, em grave momento, em que se tem como certa a disseminação extraordinária dos tóxicos em todo o mundo, houve por bem, entre nós, editar lei de rigor mais dilatado, que não se reveste de nenhuma inconstitucionalidade. É, no caso, lei ordinária, emanada do poder competente, que em nada arranhou garantias individuais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

asseguradas pela Lei Maior.

E como decorrência lógica da vedação da liberdade provisória, temos que também não podem ser aplicadas aos acusados de tráfico ilícito de entorpecentes as medidas cautelares agora previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

De fato, o artigo 321 do referido Código, em sua nova redação, assim dispõe:

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Ora, bem se vê que a liberdade provisória é o pressuposto necessário para a aplicação das medidas cautelares. E em sendo vedada a liberdade provisória como no caso de tráfico ilícito de entorpecentes, impossível a imposição de tais medidas, ao contrário do que pretende a impetrante. (Grifei.)

Ao examinar o trecho acima transcrito, entendo que a fundamentação apresentada, embora demonstre o *periculum libertatis*, notadamente se considerada a menção às drogas apreendidas, é insuficiente para a imposição da prisão cautelar ao paciente.

Consoante se extrai dos autos, o réu é primário e possui condições pessoais favoráveis, devendo-se destacar, ainda, que a quantidade de droga apreendida – 55,72g (cinquenta e cinco gramas e setenta e dois centigramas) de cocaína, 45,22g (quarenta e cinco gramas e vinte e dois centigramas) de maconha e 47 porções de "crack" – justifica, tão somente, a imposição de medidas cautelares alternativas, revelando-se a prisão, *in casu*, medida desproporcional.

Essas considerações analisadas em conjunto levam-me a crer ser desnecessária a imposição da prisão preventiva, revelando-se mais adequada, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, a imposição de medidas cautelares alternativas.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTE ANTIGO. PEQUENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Embora a imposição da segregação cautelar encontre-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, ante o risco concreto de reiteração delitiva, observo que, no caso, o antecedente criminal existente contra o Paciente é de 2013, no qual foi condenado pelo crime de tráfico privilegiado, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

2. Constatada, ainda, a apreensão de pequena quantidade de droga - 41 (quarenta e um) *ependorf's* contendo cocaína, pesando aproximadamente 27,45g (vinte e sete gramas e quarenta e cinco decigramas) - a prisão preventiva mostra-se desproporcional no presente caso, devendo ser aplicadas medidas cautelares menos gravosas.

3. Ordem de habeas corpus concedida, para revogar a prisão preventiva do Paciente, ficando a cargo do Juízo processante a fixação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal que entender pertinentes. (HC 474.823/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. Na espécie, realizada a prisão em flagrante, a prisão preventiva foi decretada em razão da variedade e da quantidade das drogas apreendidas, a saber, **87g (oitenta e sete gramas) de maconha, 26g (vinte e seis gramas) de cocaína e 37g (trinta e sete gramas) de crack.**

3. Não obstante a quantidade de droga apreendida não possa ser considerada pequena, também não é, por outro lado, indicativa, por si só, da periculosidade do agente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo. Some-se a isso que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

4. Assim, as particularidades do caso demonstram a suficiência, a adequação e a proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por medidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelares diversas da prisão a serem fixadas pelo Juiz singular. (HC 469.668/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 01/02/2019.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. APLICAÇÃO DE CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

2. A seu turno, a prisão preventiva somente se sustenta quando, presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

3. O Magistrado de origem embasou sua decisão em elemento concreto e idôneo, porém não demonstrou, satisfatoriamente, a insuficiência de outras medidas menos gravosas que a preventiva.

4. O montante de droga apreendido não é expressivo, o que torna desproporcional o emprego da cautela máxima.

5. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente pelas cautelares indicadas no voto, sem prejuízo de fixação de outras medidas que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa reputar cabíveis e adequadas, bem como de nova decretação da prisão preventiva se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade. (HC 467.318/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 14/12/2018.)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS SOBRE A GRAVIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes).

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

3. No caso, a prisão preventiva do recorrente foi decretada sem que fossem apontados dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a medida extrema; somente há referências a elementares do tipo penal e termos genéricos da lei processual.

4. Afirmações genéricas e abstratas a respeito da periculosidade do crime não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Ainda mais quando se trata de recorrente preso em flagrante com pequena quantidade de entorpecente (62g de maconha e 62g cocaína) e que guarda condições pessoais favoráveis, como a primariedade e os bons antecedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal. (HC 400.714/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017, grifei.)

Ante o exposto, **concedo a ordem, em menor extensão**, confirmando a liminar de e-STJ fls. 125/127, a fim de substituir a custódia preventiva do paciente por medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser fixadas pelo Juízo de primeiro grau.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0110563-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 354.831 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0005563920158260628 5563920158260628

EM MESA

JULGADO: 25/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MANOEL DO SOCORRO T. PASTANA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL MARCONDES DOS SANTOS
ADVOGADO : DANIEL MARCONDES DOS SANTOS - SP343700
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEFF GUILHERME DE LIMA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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 em menor extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.