



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 497.797 - SP (2019/0068774-5)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - SP0199591
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KENAN LAURENTINO LINS (PRESO)
PACIENTE : SAMUEL ROCHA GASPAR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR.

1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

2. Na espécie, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, deteve-se o Juízo de piso a mencionar a prova da materialidade, os indícios de autoria e a fazer ilações acerca da gravidade abstrata do crime de tráfico, o que não constitui motivação suficiente para a segregação antecipada, sobretudo porque não há falar, na espécie, em elevada quantidade de entorpecente, pois apreendidos com os pacientes 16,1g (dezesesseis gramas e um decigrama) de cocaína.

3. *Habeas corpus* concedido, ratificada a liminar.

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 497.797 - SP (2019/0068774-5)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - SP0199591
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KENAN LAURENTINO LINS (PRESO)
PACIENTE : SAMUEL ROCHA GASPAR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de KENAN LAURENTINO LINS e SAMUEL ROCHA GASPAR no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2144349-38.2018.8.26.0000).

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque foram surpreendidos com **16,1g (dezesesseis gramas e um decigrama) de cocaína**.

Em audiência de custódia, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva.

Impetrado *habeas corpus* na origem, a ordem foi denegada nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 49):

HABEAS CORPUS - presença do fumus comissi delicti no auto de apreensão e prova oral que indica a apreensão das drogas em poder dos pacientes - presença do periculum libertatis pelo fato do paciente praticar o crime com alta reprovabilidade e periculosidade; não haver prova de que exerce atividade lícita - prisão preventiva que não ofende o princípio da presunção de inocência - fato de os pacientes serem primários e sem antecedentes não vedam a possibilidade da prisão cautelar - indeferimento.

Daí o presente *habeas corpus*, em que se reitera a alegação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de fundamentação concreta da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva.

Aduz-se que a decisão foi lastreada na gravidade em abstrato do delito e que os pacientes possuem todos os predicados pessoais favoráveis, pois são primários, de bons antecedentes, têm residência fixa, ocupação lícita e não se dedicam a atividades criminosas.

Busca-se, assim, sejam revogadas as custódias cautelares dos pacientes.

Liminar deferida às e-STJ fls. 75/78 a fim de assegurar pudessem os pacientes aguardar em liberdade o julgamento definitivo do presente *writ*.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 113/125).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 497.797 - SP (2019/0068774-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como visto no relatório, insurge-se a defesa contra a custódia antecipada dos pacientes.

O ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

Considerando-se, ainda, que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, bem como que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI, e art. 93, inciso IX, respectivamente), há de se exigir que o decreto de prisão preventiva venha sempre concretamente motivado, não fundado em meras conjecturas.

A propósito do assunto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora ainda um pouco oscilante, optou pelo entendimento de que o risco à ordem pública se constata, em regra, pela reiteração delituosa e/ou pela gravidade concreta do fato.

É sempre importante lembrar que *"o juízo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao réu, a existência de indícios de autoria e materialidade do crime, a credibilidade do Poder Judiciário, bem como a intranquilidade social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para a garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fato concreto, que não a própria conduta, em tese,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delituosa" (HC n. 48.381/MG, relator Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 1º/8/2006, p. 470).

Portanto, demonstrada a gravidade concreta do crime praticado, revelada, na maioria das vezes, pelos meios de execução empregados, ou a contumácia delitiva do agente, a jurisprudência desta Casa autoriza a decretação ou a manutenção da segregação cautelar, dada a afronta às regras elementares de bom convívio social.

Na apreciação das justificativas da custódia cautelar, *"o mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para a decretação ou a manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Assim, se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam periculosidade, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão para resguardar a ordem pública"* (HC n. 105.585, relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 7/8/2012, DJ de 21/8/2012).

No caso, todavia, este é o teor da decisão que converteu a prisão em flagrante dos pacientes em preventiva (e-STJ fls. 45/47):

Consta que os indiciados comercializavam entorpecentes dentro de um galpão abandonado conhecido como ponto de venda de drogas. Havia divisão de tarefas entre eles, enquanto Kenan entregava a droga ao comprador, Samuel recebia o dinheiro. Em poder do autuado Samuel foi encontrada a quantia de US 20,00. Por sua vez, n posse do indiciado Kenan, foram apreendidos 25 papелotes de cocaína. A prisão preventiva é medida que se imnõe. Não bastasse, para o indivíduo, a cocaína (e seu subproduto, o crack) enseja a necessidade de doses cada vez maiores, isto é, tem altíssimo potencial à toxicofilia (dependência pela interação do metabolismo orgânico do viciado e o consumo da droga), além de poder causar convulsões a até mesmo parada cardíaca. Para a sociedade, a Erythroxylum Coca é um poderoso estimulante do sistema nervoso central, pelo que tem como efeito taquicardia, exaltação, euforia e paranóia e debilita os elementos mais nobres da personalidade, como o sentido ético e a crítica. Sua crise de abstinência causa tremores, ansiedade, inquietação e irritabilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]. Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes). Não há, ainda, comprovação de endereço fixo que ligue o/a(s) autuado/a(s) ao distrito da culpa (o indiciado Kenan sequer sabia seu endereço), denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal, nem de atividade laboral remunerada fixa, de modo que as atividades ilícitas porventura sejam fonte ao menos alternativa de renda (modelo de vida), pelo que se for(em) o/a(s) agente(s) recolocado/a(s) em liberdade neste momento (de maneira precoce), é presumível que rapidamente retornará(ão) às vias delitivas, meio de sustento. Ressalto que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis não é o bastante para recomendar a benesse pretendida. É que "o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis" (STJ, HC nº 0287288-7. Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje. 11/12/2013). "A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidos de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar. A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência" (STJ. HC nº 34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher. j. 14/02/2000). Aliás, as circunstâncias não são tão favoráveis assim: **quanto ao autuado Kenan, completada há pouco a maioridade, embora haja primariedade técnica, verifica-se a existência de registros de ato(s) infracionais) equiparado(s) ao(s) crime(s) de tráfico, consoante suas próprias declarações nesta audiência. E segundo a jurisprudência, a prática de atos infracionais anteriores serve para justificar a decretação ou manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Isso porque ela indica que a personalidade do agente é voltada à criminalidade, fundamentando receio de reiteração, considerando-se notadamente a gravidade específica do ato infracional cometido e o tempo decorrido entre o ato infracional e o crime (STJ, 3ª Seção, RHC nº 63.855/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 11/05/2016). Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Isso porque nenhuma delas é efetivamente segregadora. As medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública. 5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar. impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação do(s) autuado(s), motivo pelo qual CONVERTO a prisão em flagrante em preventiva.

Como se vê, o Juízo de primeira instância não apontou nenhuma circunstância concreta que pudesse evidenciar a necessidade da custódia cautelar dos pacientes para o resguardo da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência da instrução processual ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos moldes do que preconiza o art. 312 do Código de Processo Penal.

Ao contrário, deteve-se o Juízo de piso a mencionar a prova da materialidade, os indícios de autoria e a fazer ilações acerca da gravidade abstrata do crime de tráfico, o que não constitui motivação suficiente para a segregação antecipada.

É de se ver que, em relação ao paciente Kenan, a suposta anotação anterior pela prática de ato infracional foi invocada pelo magistrado sem nenhuma base concreta, apoiando-se tão somente no depoimento do aludido paciente, de modo que não se sabe se houve a aplicação de medida socioeducativa tampouco eventual remissão.

Ademais, não há falar, na espécie, em elevada quantidade de entorpecente, pois apreendidos com os pacientes **16,1g (dezesesseis gramas e um decigrama) de cocaína** (e-STJ fl. 85).

É cediço, no âmbito desta Corte, que o *quantum* de droga apreendida, quando elevado, pode justificar a custódia cautelar para a garantia da ordem pública, por revelar a gravidade concreta da conduta. Todavia, essa não é a hipótese dos autos, já que se está diante, como dito, de **16,1g (dezesesseis gramas e um decigrama) de cocaína**

Logo, vislumbro o constrangimento ilegal sustentado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. MERAS CONJECTURAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme jurisprudência assentada desta Corte Superior de Justiça, a prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso mostrem-se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

2. O decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação provisória, tendo-se valido de argumentos genéricos e da repetição de elementos inerentes ao próprio tipo penal.

3. A ausência de elementos concretos e individualizados que indiquem a necessidade da rigorosa providência cautelar configura constrangimento ilegal (Precedentes).

4. Embora não sejam garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, condições subjetivas favoráveis do paciente merecem ser devidamente valoradas, caso não tenha sido demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva (Precedentes).

5. Ordem de habeas corpus concedida, para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da imposição pelo Juízo local de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso demonstrada sua necessidade.

(HC 350.191/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 3/5/2016)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO CAUTELAR. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. 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. In casu, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, eis que decretada com base na suposta gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes.

2. Habeas corpus concedido a fim de determinar a soltura da paciente, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de se 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

(HC 343.630/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/4/2016, DJe 22/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. NÃO ACOLHIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE E EXCESSO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO PARA INFIRMAR A CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu 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.

[...]

4. O Juízo singular entendeu devida a prisão preventiva do paciente com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a gravidade abstrata do delito e a longa pena cominada), sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

5. A prevalecer a argumentação dessa decisão, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

6. Habeas corpus concedido para, confirmada a liminar que determinou a soltura do paciente, cassar a decisão que decretou a prisão preventiva no Processo n. 0004162-12.2015.8.01.0001, 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.

(HC 338.553/AC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2016, DJe 28/4/2016)

Outro não foi o entendimento exarado pelo Ministério Público Federal.

Eis a ementa do aludido parecer (e-STJ fl. 113):

PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR – CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/06. REVOGAÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS, CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO INIDÔNEA, BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Ante o exposto, **ratifico a liminar e concedo a ordem** para determinar a soltura dos pacientes, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, bem como de que sejam impostas as medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo local, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0068774-5

HC 497.797 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00627522820188260050 20180000559653 21443493820188260000 627522820188260050

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VIVIAN MARIA LOPES - SP0199591
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: KENAN LAURENTINO LINS (PRESO)
PACIENTE	: SAMUEL ROCHA GASPAR (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 do Sr. Ministro Relator.

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