



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 419.656 - SP (2017/0260216-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER XAVIER DO AMARAL (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SÚMULA N. 691/STF. SUPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. GRAVIDADE ABSTRATA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Embora a Súmula n. 691 do STF vede a utilização de *habeas corpus* impetrado contra decisão de relator que, em *writ* impetrado perante o Tribunal de origem, indefere o pedido liminar, admite-se, em casos excepcionais, configurada flagrante ilegalidade, a superação do entendimento firmado no referido enunciado sumular.

2. 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*.

3. No caso, o decreto de prisão preventiva carece de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída ao paciente, mostrando-se ausente, portanto, a indicação de dado concreto que justifique a imposição da prisão provisória.

4. Ordem concedida para, confirmada a liminar, determinar que o paciente VAGNER XAVIER DO AMARAL responda solto ao processo, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, bem como de que sejam impostas outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo local, caso demonstrada sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 28 de novembro de 2017 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 419.656 - SP (2017/0260216-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VAGNER XAVIER DO AMARAL (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VAGNER XAVIER DO AMARAL, apontando como autoridade coatora Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2192252-06.2017.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, posteriormente convertida a prisão em preventiva, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fl. 30).

Narram os autos que o paciente foi flagrado portando **28,65g (vinte e oito gramas e sessenta e cinco centigramas) de maconha e 22g (vinte e dois gramas) de cocaína** (e-STJ fl. 32).

Impetrado prévio *writ* na origem, a medida liminar foi indeferida sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 29):

Imputa-se ao paciente a prática de crime grave (tráfico de drogas), a sugerir pelo menos a princípio ser detentor de personalidade deturpada, justificando-se a manutenção da prisão provisória, por ora, ficando a liminar indeferida.

Até o momento estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, reservando ao Órgão Colegiado a apreciação ampla da matéria.

Alega-se na presente impetração que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente "*fundamentou-se, de forma genérica, aduzindo que o crime a ele atribuído é grave, e elencado entre os hediondos*" (e-STJ fl. 2).

Acrescenta-se ser desproporcional a custódia preventiva em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de o paciente ser condenado ao tráfico dito privilegiado, o que importaria a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Requer-se, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura em favor do acusado. Eventualmente, pleiteia-se a substituição por medida cautelar diversa.

Pedido liminar deferido, para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento do mérito do presente *habeas corpus* (e-STJ fls. 46/51).

Informações prestadas às e-STJ fls. 60/66.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 68/71).

Informações obtidas no sítio eletrônico do Tribunal de origem, em 20/11/2017, noticiam que o feito não foi sentenciado (Processo n. 0002043-34.2017.8.26.0544)

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 419.656 - SP (2017/0260216-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

O objeto da presente impetração cinge-se à verificação da existência de fundamentação no decreto que impôs a segregação cautelar ao paciente.

É bem verdade que o presente *writ* investe contra decisão que indeferiu medida liminar em idêntico remédio impetrado perante o Tribunal de origem, o que, nos termos do disposto na Súmula n. 691 do Pretório Excelso, não se admite.

Ocorre que no caso em exame a flagrante ilegalidade está demonstrada, haja vista a ausência de fundamentação válida do decreto prisional, situação que autoriza a excepcional superação do referido entendimento sumular.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA N. 691 DO STF. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo o enunciado da Súmula n. 691 do STF, plenamente adotada por esta Corte, não é possível a utilização de habeas corpus contra decisão de relator que, em writ impetrado perante o Tribunal de origem, indefere o pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia jurídica da decisão impugnada, sob pena de supressão de instância.

2. 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 Código de Processo Penal.

3. O Juiz de primeiro grau, ao converter o flagrante em preventiva, fundamentou a prisão na hediondez do delito supostamente praticado e apontou genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência, sem justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem concedida para, confirmada a liminar que determinou a soltura do paciente, cassar a decisão que decretou a sua prisão preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação da segregação cautelar, se efetivamente demonstrada sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(HC 334.809/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016)

Desse modo, passo ao exame da decisão combatida.

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, inciso LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

No caso, estes os fundamentos invocados para a decretação da prisão preventiva do paciente, *in verbis* (e-STJ fls. 30/31):

Vistos. I - No prazo estabelecido pelo regulamento, redistribua-se os autos ao Juízo Competente. II - Trata-se de prisão em flagrante pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06. III - O flagrante está formalmente em ordem, não sendo o caso de relaxamento da prisão. IV - As circunstâncias da infração justificam a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Segundo a nova sistemática processual, a prisão preventiva é subsidiária às demais medidas cautelares. Contudo, há casos em que o fato concreto determina que seja diretamente aplicada a prisão cautelar, pois as medidas diversas da prisão são inadequadas ou insuficientes. No presente caso, a aplicação da prisão cautelar é de rigor, nos termos do art. 310, II do Código de Processo Penal, pois presentes os requisitos estabelecidos no art. 312 do C.P.P., e insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão. A materialidade delitiva e os indícios de autoria estão comprovados pelo Auto de Prisão em Flagrante e pelo Boletim de Ocorrência, no qual constam os depoimentos coerentes dos condutores do flagrante, o auto de exibição e apreensão e o laudo de constatação provisória. A prisão preventiva do averiguado é necessária para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia da ordem pública, uma vez que o delito apurado é grave, tanto que elencado entre os crimes hediondos, e traz consequências perniciosas à sociedade, neste sentido: "Habeas Corpus". Pretendida revogação de prisão preventiva. Tráfico de entorpecentes. Incompatibilidade da liberdade, para casos graves. Impossibilidade da concessão do benefício pleiteado. Irrelevância da residência fixa, emprego lícito e bons antecedentes. Garantia da ordem pública preservada. Precedentes fortes na jurisprudência. Ordem denegada." (Habeas Corpus nº 0092678-83.2013.8.26.0000. Des. Rel. Luis Soares de Mello. D. J. 02/07/2013). De outro lado, as medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas no art. 319 do C.P.P., revelam-se insuficientes e inadequadas ao caso. Com efeito, sendo necessária aplicação de medida cautelar para garantia da ordem pública, é inadequada a medida de comparecimento periódico em juízo (art. 319, I e III do C.P.P.). Assim, decreto a prisão preventiva do averiguado. Expeça-se o necessário.

Vê-se que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente carece de fundamentação concreta, pois nela, além de reconhecida a presença de indícios da prática delitiva, fora invocada tão somente a gravidade abstrata da conduta em tese praticada, o que, na linha da orientação firmada no âmbito desta Corte, não se admite. Ou seja, não demonstrado na decisão no que consiste o *periculum libertatis*, a prisão provisória revela-se indevida, pois ausente a constatação de sua cautelaridade.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Dessarte, era necessário que fossem apontados dados concretos, extraídos de elementos obtidos nos autos, que demonstrassem a necessidade de imposição da prisão provisória, situação que não ocorreu na espécie.

Ademais, impende assinalar que, além de o paciente ser primário (e-STJ fls. 65/66), a quantidade de droga apreendida – **28,65g (vinte e oito gramas e sessenta e cinco centigramas) de maconha e 22g (vinte e dois gramas) de cocaína** –, não denota, por si só, a sua periculosidade.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para, confirmada a liminar, determinar que o paciente VAGNER XAVIER DO AMARAL responda solto ao processo, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, bem como de que sejam impostas outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo local, caso demonstrada sua necessidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0260216-8

HC 419.656 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020433420178260544 20433420178260544 21922520620178260000 38432017

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARCUS VINICIUS AGUIAR MACEDO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VAGNER XAVIER DO AMARAL (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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.