



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.711 - SP (2017/0040480-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO FERREIRA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. GRAVIDADE ABSTRATA. ORDEM CONCEDIDA.

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 do que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, o decreto de prisão preventiva é genérico, nele não havendo nenhuma menção a fatos que justifiquem a imposição da prisão cautelar. Carece, portanto, de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída ao paciente.

3. Ordem concedida.

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, 25 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.711 - SP (2017/0040480-6)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO FERREIRA DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ÍTALO FERREIRA DE SOUZA, no qual se aponta como autoridade coatora a Nona Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2248264-74.2016.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito, após ter sido surpreendido portando 12 porções de cocaína (**3,61 gramas**) e 4 pedras de *crack* (**1,13 gramas**), além da quantia de R\$ 92,00 em dinheiro.

Comunicado acerca do flagrante, o Juízo de São José do Rio Preto/SP converteu a prisão do autuado em preventiva, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa impetrou *writ*, com pedido liminar, na Corte estadual, alegando que o decreto preventivo carece de fundamentação idônea, baseando-se na gravidade abstrata do delito. Salientou, ainda, que o paciente é primário, sem antecedentes criminais, possui trabalho lícito e residência fixa.

O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 41):

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.

Na presente impetração, a defesa reafirma as alegações originárias,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pleiteando, liminarmente e no mérito, a revogação da constrição provisória do paciente.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 61/62).

Informações prestadas às e-STJ fls. 67/83 e 85/104.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício em parecer assim ementado (e-STJ fl. 107):

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NARCOTRÁFICO. CUSTÓDIA CAUTELAR FULCRADA EM ARGUMENTOS ABSTRATOS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DO DELITO PARA DISSEMINAÇÃO DE OUTROS CRIMES. VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA DO ARTIGO 44, DA LEI Nº 11.343/06 DECLARADA EM PARTE INCONSTITUCIONAL PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E INIDÔNEA. PARECER POR NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO PARA REVOGAR A PRISÃO SEM PREJUÍZO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS (ARTIGO 319, DO CPP).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.711 - SP (2017/0040480-6)

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.

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 os fundamentos invocados para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, *in verbis* (e-STJ fls. 38/39):

Cuida-se de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, equiparado a hediondo, cuja materialidade delitiva está demonstrada provisoriamente pelo laudo de constatação prévia de substância entorpecente às fls. 20/21, e há indícios suficientes de autoria estampado nos depoimentos de fls. 3/5, quando, após denúncia anônima e com dados da pessoa investigada, compareceram ao local dos fatos e abordaram o autuado e apreenderam, dentro do bolso dianteiro esquerdo da sua calça, 12 porções de cocaína e 4 pedras de crack, além da quantia de R\$92,00, em dinheiro - o autuado se manteve sob o manto do silêncio constitucional- fls. 6, e por imperativo legal, ainda que com a edição da Lei sob nº 11.464/2007, a especialidade da Lei nº 11.343/2006, em seu art. 44, se sobrepõe, sendo de rigor a custódia cautelar, não havendo nos autos nada a excepcioná-la, por sinal entendimento sufragado pelo STF, e mais, a impossibilidade de concessão de benefício decorre do caso concreto.

Já não bastasse, delitos dessa estirpe atormentam e geram instabilidade e desassossego à população ordeira, apostando o autuado na impunidade e representa, sim, um perigo concreto à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sociedade, qual seja, crime que revela gravidade peculiar, ferindo o equilíbrio social, desestabilizando-o, a ponto de desestruturar lares e famílias, sem perder de vista o seu alto grau de nocividade à saúde pública, que é latente, dissemina e alimenta o vício que contribui para a degradação do ser humano; condutas que tais, levam a uma pronta resposta judicial para que não fique legado de desprestígio e convolar-se em verdadeiro alvará à impunidade; a própria natureza clandestina e por se tratar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes de perigo abstrato e de caráter permanente é suficiente a revelar que se solto permanecer não se haverá obstáculos à continuidade delitiva, gelando insegurança à paz social; outrossim, coloca em risco a regular instrução criminal e não encontrará entraves em furtar-se à aplicação da lei penal, de maneira que, seja para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, está a aconselhar sua permanência no cárcere, pois solto de imediato nada o inibirá de retornar à prática delitiva e assunção ao seu fundo de comércio ilícito.

A prisão cautelar vige em nosso ordenamento jurídico e sob o crivo do Judiciário se afasta de qualquer abuso que possa advir em se manter injustamente e sob constrangimento ao cárcere cidadãos inocentes; o que não é o caso dos autos.

Destarte, converto a prisão em flagrante delito em prisão preventiva ao autuado Ítalo Ferreira de Souza (grifei).

Ao examinar os fundamentos declinados no *decisum* acima transcrito, constato, na linha da manifestação do *Parquet*, ausência de fundamentação concreta, pois, além de reconhecida a presença de materialidade e indícios da prática delitiva, foi 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 26/04/2016, DJe 03/05/2016.)

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 12/04/2016, DJe 22/04/2016.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 19/04/2016, DJe 28/04/2016.)

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

No mesmo sentido opinou o d. Subprocurador-Geral da República, cujo excerto do parecer passo a transcrever, *verbis* (e-STJ fl. 109).

A afirmativa, ademais, de que a custódia cautelar revela-se imprescindível não só para a manutenção da ordem pública quanto por interesse da instrução criminal e garantia de eventual aplicação da lei penal carece de substrato concreto. Com efeito, em que pese o paciente integrar com sua conduta nefasta (sub)mundo da narcotraficância não há prova quantum satis de que pertença a organização ou bando criminoso, inexistindo indicação de quais fatores traduziriam efetiva imprescindibilidade de sua segregação social cautelar sob perspectiva do interesse da instrução criminal e/ou da garantia de eventual aplicação da lei penal.

O aresto impugnado tampouco há de subsistir quanto ao último fundamento, qual seja, o artigo 44, caput, da Lei nº 11.343/06, que veda formalmente concessão de liberdade provisória em caso de tráfico ilícito de drogas, dada sua natureza do crime equiparado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo; ora, a jurisprudência desta Corte Superior de há muito firmou-se no sentido de que a alegação de que ter-se o narcotráfico como crime grave e hediondo não constitui motivação idônea e suficiente a justificar constrição antecipada, mormente quando não considerados os elementos concretos do caso" (STJ, 5ªT, HC 371.703/SP, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 24/11/2016).

À míngua, pois, o acórdão impugnado, de indicação de elementos individualizadores do caso sub examine justificadores de necessidade de prisão cautelar do réu, o que se lamenta, há de se conceder ordem de ofício para revogá-la, sem prejuízo de aplicação de outra(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s), ou de expedição de outro decreto prisional com fundamentação concreta e correta.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para determinar que ÍTALO FERREIRA DE SOUZA responda solto ao processo (Ação Penal n. 0034883-35.2016.8.26.0576, da 4ª Vara Criminal de São José do Rio Preto/SP), salvo se por outro motivo 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.

É como voto.

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0040480-6

HC 389.711 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00348833520168260576 20170000041975 22482647420168260000 348833520168260576
812016

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO FERREIRA DE SOUZA (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 Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.