



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 442.810 - SP (2018/0070656-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : **WAGNER DIAS DOS SANTOS E OUTRO**
ADVOGADOS : **CLAUDIO MARCIO LOBO BEIG - SP290206**
: **WAGNER DIAS DOS SANTOS - SP334305**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **VICTOR LUCAS MAGALHAES (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA N. 691/STF. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR.

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. 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.

3. Na espécie, a motivação da instância ordinária consiste na gravidade abstrata do delito, o que não se pode aceitar como fundamentação válida para a decretação de custódia cautelar. A prisão preventiva deve ser justificada unicamente em elementos inequívocos e concretos, e não na simples referência a quantidade inexpressiva de entorpecente apreendido em seu poder e de seu comparsa – 24 papérolas de maconha, pesando 37g (trinta e sete gramas), e 2 invólucros de cocaína, com peso de 6,8g (seis gramas e oito decigramas) –, que não se mostra, isoladamente, suficiente à custódia cautelar do paciente.

4. Ordem concedida, ratificada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 02 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 442.810 - SP (2018/0070656-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : WAGNER DIAS DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADOS : CLAUDIO MARCIO LOBO BEIG - SP290206
WAGNER DIAS DOS SANTOS - SP334305
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR LUCAS MAGALHAES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de VICTOR LUCAS MAGALHAES, no qual se aponta como autoridade coatora Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator do HC n. 2037326-33.2018.8.26.0000.

Foi o paciente preso em flagrante pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Segundo consta, o acusado foi abordado por policiais em local conhecido pelo comércio de entorpecentes, na posse de 24 papérolas de maconha, pesando 37g (trinta e sete gramas), e 2 invólucros de cocaína, com peso de 6,8g (seis gramas e oito decigramas) – e-STJ fl. 35.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa.

Entretanto, o Desembargador relator indeferiu o pedido liminar (e-STJ fl. 40).

No Superior Tribunal de Justiça, sustentam os impetrantes a ilegalidade, ante a ausência de fundamentos suficientes, da decisão que manteve a custódia cautelar. Destacam não estarem presentes nenhum dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal. Asserem a primariedade e os bons antecedentes do paciente. Ponderam que a gravidade abstrata do crime de tráfico de entorpecentes não justifica a manutenção da medida excepcional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, pedem, liminar e definitivamente, a imediata soltura do paciente, com a correspondente expedição de alvará de soltura em seu favor.

Liminar deferida às e-STJ fls. 189/192.

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 217):

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EM HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. O Habeas Corpus impetrado como substitutivo de recurso revela sua utilização indevida e deve ser combatido, sob pena de banalização da garantia constitucional.

2. Para a decretação de prisão, antes do esgotamento das instâncias ordinárias, é necessária fundamentação idônea, consoante dispõe o artigo 312, do Código de Processo Penal.

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento, mas pela concessão da ordem de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a possibilidade de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, sem prejuízo da análise de aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, realizada no dia 4/7/2018, verificou-se que não houve prolação de sentença.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 442.810 - SP (2018/0070656-3)

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. É imperioso esclarecer que, no caso em exame, entendo subsistir a ilegalidade reconhecida em análise preliminar, conforme liminar deferida às e-STJ fls. 189/192, motivo pelo qual, no presente caso, é possível a superação do referido verbete sumular.

Com efeito, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, delituosa" (HC n. 48.381/MG, rel. 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.

No caso, todavia, este é o teor da decisão que decretou a prisão preventiva (e-STJ fl. 87):

*Os acusados foram abordados pelos policiais em local conhecido pelo comércio da droga (em frente a uma escola infantil). No bolso de Luiz Eduardo foram encontradas 11 porções de maconha. Ele possui condenações na Vara da infância de Juventude, que segundo o acusado, se refere ao consumo de drogas. **No veículo de Victor Lucas foram encontradas 13 porções de maconha. Ambos foram surpreendidos no consumo de cocaína.***

O pedido de desclassificação para o art. 28 da Lei 11343/06 deve ser apresentado e analisado durante a instrução do processo, não sendo este o momento para a sua análise,

A situação evidencia o envolvimento com atividades criminosas, sendo, portanto, ineficaz a aplicação de qualquer outra medida que não a prisão preventiva. Ademais, o(a) autuado(a)(s) já respondeu(ram) por outro(s) processo(s), demonstrando ser incabível a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. O certo é que se trata de delito gravíssimo, equiparado a hediondo, supostamente praticado em local notoriamente conhecido do juízo pela alta incidência de tráfico de drogas. Sendo assim, a fim de que seja garantida a ordem pública e tendo em vista a conveniência da instrução processual, com fundamento nos artigos 310, II, e 312. do Código de Processo Penal, **CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA de VICTOR LUCAS MAGALHAES E LUIZ EDUARDO GALVÃO. Expeça-se mandado de conversão da prisão em flagrante**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em [...].

Como se vê, a motivação da instância ordinária, em relação ao ora paciente, consiste na gravidade abstrata do delito, o que não se pode aceitar como fundamentação válida para a decretação de custódia cautelar. A prisão preventiva deve ser justificada com base em elementos inequívocos e concretos, e não na simples potencialidade nociva do tráfico de drogas à sociedade.

Ademais, a referência à quantidade inexpressiva de entorpecentes apreendidos, qual seja, 24 papелotes de maconha, pesando 37g (trinta e sete gramas), e 2 invólucros de cocaína, com peso de 6,8g (seis gramas e oito decigramas) – e-STJ fl. 35, não se mostra, isoladamente, suficiente para a custódia cautelar do paciente.

Veja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão cautelar só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Apesar de a decisão fazer referência às substâncias apreendidas, verifica-se que a quantidade não era elevada - 9,87g de crack, 15, 41 g de cocaína e 27,62 g de maconha.

3. Não tendo o decreto preventivo apontado elementos hábeis a demonstrar a necessidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, ou da instrução criminal, e assegurar a aplicação da lei penal, faz-se necessária a revogação da custódia nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal.

4. Recurso em habeas corpus provido para revogar a custódia cautelar da recorrente, salvo se por outro motivo estiver presa, ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão diante de fatos novos que a justifiquem, deixando a cargo e critério do Juízo de primeiro grau a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

(RHC 89.565/MG, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

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.

2. In casu, a prisão provisória que não se justifica ante a ausência de fundamentação idônea. A simples menção à necessidade de resguardo a ordem pública e gravidade abstrata do delito, desassociada de circunstâncias do caso concreto que denotassem maior gravame ao bem jurídico tutelado, não serve para justificar a medida constritiva.

3. Recurso provido, a fim de que o ora recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma ou mais dentre as medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

(RHC 90.431/MG, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017, grifei)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, 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.

2. O Juiz 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.

3. A prevalecer a argumentação dessa decisão, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. Habeas corpus concedido para tornar definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida e, conseqüentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, decretada no Processo n. 0002974-59.2015.8.26.0430. Fica, no entanto, 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 327.199/SP, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015, grifei.)

Logo, vislumbro o constrangimento ilegal sustentado.

Ante o exposto, **ratifico a liminar e concedo a ordem** para revogar a prisão preventiva e determinar a expedição do correspondente alvará de soltura em favor do paciente, 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 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: 2018/0070656-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 442.810 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001772920188260617 1772920188260617 2018000208 20373263320188260000

EM MESA

JULGADO: 02/08/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WAGNER DIAS DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADOS : CLAUDIO MARCIO LOBO BEIG - SP290206
WAGNER DIAS DOS SANTOS - SP334305
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR LUCAS MAGALHAES (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.