



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 450.409 - SP (2018/0115935-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : **ROGERIO SENE PIZZO**
ADVOGADO : **ROGÉRIO SENE PIZZO - SP258294**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MATHEUS HENRIQUE RIBEIRO (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, que não a simples referência à quantidade de entorpecente apreendido em poder do paciente – 12 porções de cocaína, embaladas individualmente, pesando 4,7g (quatro gramas e sete decigramas), e 1 porção de *crack*, pesando 7,4g (sete gramas e quatro decigramas) –, a qual 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 indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 450.409 - SP (2018/0115935-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : ROGERIO SENE PIZZO
ADVOGADO : ROGÉRIO SENE PIZZO - SP258294
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS HENRIQUE RIBEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MATHEUS HENRIQUE RIBEIRO, apontando como autoridade coatora Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator do *Habeas Corpus* n. 2098025-87.2018.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 4 de maio de 2018, pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por estar portando **12 porções de cocaína, pesando 4,7g (quatro gramas e sete decigramas) e 1 porção de crack, pesando 7,4g (sete gramas e quatro decigramas)**. A prisão foi convertida em preventiva no dia seguinte.

A defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, cujo pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 57/58).

No presente *writ*, alega o impetrante a ilegalidade da prisão, pois "*o Paciente que é primário, ótimos antecedentes, possui residência fixa, é trabalhador, está recluso por, supostamente, estar portando, 12 gramas de entorpecente, o que ele nega veementemente*" (e-STJ fl. 2).

Sustenta que, "*caso o Paciente venha a ser condenado, tal fato ensejará regime inicial diverso do regime fechado, não fazendo nenhum sentido que o Paciente permaneça em regime fechado, se quando da sentença, se condenado, permanecerá em regime menos gravoso*" (e-STJ fl. 3).

Aduz não estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal.

Pugna pelo afastamento da Súmula n. 691 do STF.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória em favor do paciente, com a imposição das medidas cautelares pertinentes ao caso.

Liminar deferida às e-STJ fls. 63/66.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 102):

Habeas corpus. Indeferimento de liminar no Tribunal de origem. Superação da Súmula 691 do STF. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Gravidade abstrata do delito. Ausência de fundamentos concretos que justifiquem a custódia. Quantidade não expressiva da droga apreendida (4,7 gramas de cocaína e 7,4 gramas de crack). Primariedade. Constrangimento ilegal evidenciado.

Parecer pelo não conhecimento do writ, mas pela concessão da ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva, ressalvadas a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, e a possibilidade de decretação de nova prisão, desde que devidamente fundamentada.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, realizada no dia 6/7/2018, verificou-se que, até o momento, não houve prolação de sentença.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 450.409 - SP (2018/0115935-8)

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. É imperioso esclarecer que, no caso em exame, entendo subsistir a ilegalidade reconhecida em análise preliminar, conforme liminar deferida às e-STJ fls. 63/66, 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 fls. 76/77):

[...] A prisão em flagrante está formalmente em ordem, uma vez que foi realizada com base no artigo 302 do Código de Processo Penal, inexistindo qualquer irregularidade a ser declarada, de modo que deixo de relaxar a prisão cautelar do investigado. Também não é o caso de concessão de liberdade provisória, uma vez que não se afigura de plano, a presença de nenhuma causa de exclusão da punibilidade ou da culpabilidade nas condutas, estando, assim, presente o requisito previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal. De igual forma, não há que se falar em arbitramento de fiança ou aplicação de medidas cautelares. E mais, a Lei nº 8.072, de 25.07.1990, determina que o tráfico de entorpecentes, delito equiparado a crime hediondo, é insuscetível de fiança (artigo 2º, inciso II, pela redação dada pela Lei nº 11.464/07). No caso concreto, deve ser acolhida a manifestação do representante do Ministério Público, convertendo-se a prisão em flagrante em prisão preventiva, na forma do artigo 310, inciso II, da Lei nº 12.403/11, uma vez que há indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, consistentes no auto de prisão em flagrante delito, em que foram ouvidos policiais militares, além do boletim de ocorrência, laudo pericial de constatação provisória, verificando-se, mesmo em sede de cognição rasa, a presença dos requisitos para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, na forma do artigo 310, inciso II, da Lei nº 12.403/11, com a necessidade de estancamento da mercancia proscrita narrada nos autos. Em prol da ordem pública, deve-se verificar que o autuado estaria na posse de razoável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga, consistente em 12 porções de cocaína, embaladas individualmente, pesando 4,7 gramas e 01 porção de crack, pesando 7,4 gramas, ressaltando, ainda, a apreensão de dinheiro com o autuado, a recomendar sua custódia, com o fim de estancamento da atividade criminosa. Por último, o crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (artigo 313, I, CPP). Assim, nos termos da Lei nº 12.403/2011, que deu nova redação ao disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante em preventiva de Matheus Henrique Ribeiro, qualificado nos autos, estando presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 ambos do Código de Processo Penal expedindo-se o respectivo mandado de prisão preventiva. [...].

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, que não a simples potencialidade nociva do tráfico de drogas à sociedade.

Ademais, a referência à quantidade inexpressiva de entorpecentes apreendidos, qual seja, 12 porções de cocaína, embaladas individualmente, pesando 4,7g (quatro gramas e sete decigramas), e 1 porção de crack, pesando 7,4g (sete gramas e quatro decigramas), 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)*

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)*

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***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.)

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: 2018/0115935-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 450.409 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001394420188260608 1394420188260608 20980258720188260000

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 : ROGERIO SENE PIZZO
ADVOGADO : ROGÉRIO SENE PIZZO - SP258294
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS HENRIQUE RIBEIRO (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.