



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.959 - SP (2016/0255546-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDO CATACHE BORIAN - SP272872
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MILTON RENAN DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. EXCESSO DE PRAZO. ANÁLISE PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA.

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

2. O Magistrado de primeiro grau entendeu devida a decretação da custódia sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, em liberdade, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

3. Uma vez que o delito não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, não há notícias concretas de reiteração criminosa e a quantidade de drogas apreendidas não foi elevada (1,35 g de cocaína), está configurado o apontado constrangimento ilegal.

4. Ordem concedida para, confirmada a liminar que determinou a soltura do paciente, cassar a decisão que converteu a sua prisão em flagrante em custódia preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação da prisão cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.959 - SP (2016/0255546-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : FERNANDO CATACHE BORIAN - SP272872

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MILTON RENAN DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MILTON RENAN DE OLIVEIRA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que denegou o HC n. 2135791-48.2016.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve a custódia convertida em preventiva, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Magistrado de primeiro grau entendeu necessária a prisão preventiva com base, tão somente, em "vaga e singela repetição dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, sem menção a qualquer fato concreto para justificar a manutenção da medida extrema" (fl. 2).

Destaca que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas no ponto em que veda a concessão de liberdade provisória.

Requer, liminarmente e no mérito, seja revogada a custódia preventiva do paciente ou sejam aplicadas medidas cautelares alternativas à prisão.

A liminar foi por mim **deferida**, nos termos da decisão de fls. 111-113.

Depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, com a concessão de habeas corpus, de ofício, "a fim de que seja concedida liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória ao paciente, confirmando-se a liminar deferida" (fl. 186).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.959 - SP (2016/0255546-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. EXCESSO DE PRAZO. ANÁLISE PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA.

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

2. O Magistrado de primeiro grau entendeu devida a decretação da custódia sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, em liberdade, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

3. Uma vez que o delito não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, não há notícias concretas de reiteração criminosa e a quantidade de drogas apreendidas não foi elevada (1,35 g de cocaína), está configurado o apontado constrangimento ilegal.

4. Ordem concedida para, confirmada a liminar que determinou a soltura do paciente, cassar a decisão que converteu a sua prisão em flagrante em custódia preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação da prisão cautelar se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve a custódia convertida em preventiva, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. O Juiz de primeiro grau, ao converter a custódia em flagrante do paciente em preventiva, assim fundamentou (fl. 34):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Flagrante formalmente em ordem.

Conforme parecer do Ministério Público, não há razão de direito para concessão de liberdade provisória, nem para determinação de medida diversa da prisão. A quantidade de droga apreendida, modo em que acondicionada, forma de apreensão, além de outros dados indicativos de tráfico e outras circunstâncias descritas no auto de prisão em flagrante demonstram que, para ser garantida a ordem pública, a instrução criminal e aplicação da lei, deve ser mantida a custódia cautelar, amoldando-se os fatos em tese àqueles capitulados pela autoridade policial. Não é o caso, por outro lado, de concessão de medida diversa da prisão, nos moldes da fundamentação, indeferida, pois, a liberdade provisória. Converto, portanto, a prisão em flagrante em preventiva do averiguado Milton Renan de Oliveira.

A defesa, então, ingressou com remédio constitucional no Tribunal de origem, havendo a ordem sido denegada, nos seguintes termos (fls. 92-101):

Não sendo esta a via adequada para o aprofundamento da cognição sobre o mérito, é suficiente ao julgamento desta ação aferir a efetiva subsunção dos fatos ao disposto no art. 312, do Código de Processo Penal, de forma a se controlar a legalidade do ato vergastado.

E, in concreto, vislumbra-se, *prima facie*, ameaça à ordem pública na libertação do paciente.

Com efeito, o crime de tráfico ilícito de entorpecente fomenta a atividade criminoso organizada, dando-lhe suporte financeiro para o vilipêndio à ordem pública.

A expansão do comércio de drogas ilícitas coopera com o desmantelamento de núcleos familiares e exige de parcela dos criminosos que fazem a substância entorpecente chegar ao consumidor final envolvimento com outros tipos de crime do tipo tráfico de armas e corrupção.

Nada disso é abstrato, pois se materializa, dia- a-dia, no mundo naturalístico e ganha as páginas dos periódicos.

No caso do paciente, a substância entorpecente apreendida era ilícita e causa danos irreversíveis à saúde de quem a consome e, em larga escala, ameaça a saúde pública.

A mercancia da droga analisada na r. decisão vergastada fomenta a longa cadeia criminoso que lhe dá suporte.

Foi com fundamento nesta constatação que o constituinte nacional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispôs que o tráfico ilícito de entorpecente equipara-se ao crime hediondo, pois ofende potencialmente ordem pública.

Assim como presumiu o estado de inocência, o constituinte, no mesmo artigo, ponderando valores, presumiu a gravidade para a ordem pública do crime em exame, o que fez legitimamente ao inaugurar a ordem constitucional vigente.

Ao deixar em liberdade quem teria praticado o crime de tráfico ilícito de entorpecente, equiparado ao hediondo, estaria o aplicador da Lei excepcionando uma vontade constitucional que presume ofensivos à ordem pública os atos imputados ao paciente, e relativamente aos quais há clara intenção do Poder Constituinte Originário de dar tratamento legal particularmente rigoroso.

Nessa ordem de ideias, nem tudo que é constitucional é a favor do réu. A constituição, em uma de suas acepções, é somatória dos fatores reais de poder, de sorte que os interesses sociais mais diversos são por ela contemplados e compatibilizados, o que deve ser secundado na seara infraconstitucional.

As garantias constitucionais outorgadas aos acusados, em síntese, servem para contrabalançar a relação historicamente desequilibrada e opressora entre estas partes, tudo para atender ao objetivo de uma sociedade livre e justa (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal), orientada à preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso IV, do mesmo diploma).

Portanto, o interesse na obediência destas regras não é favorecer o réu, isoladamente, mas sim conter o arbítrio estatal e edificar sociedade equilibrada, voltada para tornar digna a existência do ser humano, o que não seria possível por violação de direitos fundamentais, ou por segregações inúteis.

A ordem constitucional e todo o ordenamento jurídico que nela encontra seu fundamento de validade, em visão geral, não laboram em prol deste ou daquele indivíduo, ao contrário, assenta-se na supremacia do interesse público traduzido na finalidade última de propiciar existência digna ao ser humano.

Incide à espécie o comando incriminador inserto no Título II, da Constituição da República, que trata “dos direitos e garantias fundamentais” e que, portanto, não pode ser desconsiderado pelo aplicador da lei.

Desta forma, quando presente prova da materialidade e indícios suficientes e autoria do crime de tráfico ilícito de entorpecente incidirá a presunção constitucional de perigo à ordem pública (hediondez) deste tipo de conduta.

E esta é a hipótese dos autos, em que presentes indícios suficientes de autoria consubstanciada na própria prisão em flagrante do paciente (cf.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 36/39) e prova da materialidade delitiva, consubstanciado no auto de exibição e apreensão de fls. 17/21, da ação penal nº 0000205-25.2016.8.26.0598, no qual consta que em poder do paciente foram encontradas 12 porções de cocaína (confira-se laudo de fls. 32/35, também da ação penal nº 0000205-25.2016.8.26.0598), acondicionada em invólucros de plástico individualizados.

Entender de forma diversa é conceder ao paciente um direito que não ostenta, em prejuízo da sociedade, atualmente oprimida mais pelo crime do que pelo Estado.

E nem se alegue que as ponderações tecidas pela autoridade indicada como coatora é fundamentada em análise abstrata ou ignorando a regra da liberdade.

Ao contrário, a r. decisão vergastada, além de atender ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, está, sim, materializando uma vontade constitucional que certamente não se fundou em uma abstração arbitrária e desconexa com realidade.

Arrima-se na gravidade à ordem pública que ganha concretude nos lares, nos periódicos e nas conhecidas mazelas causadas pela cadeia de produção e distribuição que faz chegar ao consumidor final a substância entorpecente.

Tais circunstâncias concretas são expressamente adotadas como razões de decidir pelo C. Superior Tribunal de Justiça para dar maior rigor ao tratamento penal dos crimes tipificados na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, conforme se extrai dos termos do Informativo Jurisprudencial nº 541, de 11 de junho de 2.014:

[...]

Em análise precária, tal como deve ser as tutelas de urgência e, ainda, a própria extensão do conhecimento do presente habeas corpus, a r. decisão encontra amparo na Lei e na Constituição.

Igualmente não prospera a pretensão do impetrante em ver afastada a custódia cautelar em razão da inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006.

Muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 10 de maio de 2.012, tenha declarado a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, que veda a concessão de liberdade provisória em favor daqueles aos quais é imputada a prática do crime de tráfico de drogas, por entender que o referido preceito afronta os princípios da presunção de não culpabilidade e da dignidade humana, a manutenção da restrição à liberdade do réu por imperativo de ordem procedimental não é excluída, de per si, da ordem constitucional vigente, sendo admissível quando presentes os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, o que ocorre in concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Frise-se não ser necessário que a decisão que decreta a prisão preventiva seja extensa ou que possua minudência típica de uma sentença condenatória, bastando que aponte indícios de autoria e materialidade, além da indispensabilidade da segregação do agente (STJ, 5ª Turma HC nº 2.678-0/ES, p. 231.270 e RHC 3801-2/MT). [...]

Também não há que se cogitar violação ao princípio da presunção de inocência, pois a prisão cautelar do paciente, decretada em conformidade com os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, não se confunde com antecipação de pena.

Por outro lado, não se mostra suficiente a adoção das medidas cautelares de que trata o art. 319 do Código de Processo Penal:

1. quanto àquela prevista no inciso I, inócua a determinação de comparecimento periódico em Juízo, pois nada garante que, após deixar as dependências do Fórum, aquele por ela beneficiado não voltará a delinquir;

2. quanto àquelas previstas nos incisos II, III, IV e V, e art. 320, do Código de Processo Penal, a dinâmica dos fatos indicam pela sua absoluta ineficácia, pois a reiteração do crime patrimonial em comento ou, ainda, a frustração da persecução penal não é obstada pela (i) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando; (ii) proibição de aproximação ou contato com a vítima; (iii) proibição de ausentar-se da Comarca;

ou, ainda, (iv) pela imposição de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.

3. quanto àquela prevista no inciso VI, não se tem notícia de que a atividade exercida tenha relação com o delito alegadamente praticado;

4. quanto àquela prevista no inciso VII, não há notícia de que estaria presente hipótese de inimizabilidade;

5. quanto àquela prevista no inciso VIII, consigno sua inaplicabilidade à espécie, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

6. quanto àquela prevista no inciso IX, ainda que haja, no momento, disponibilização de monitoramento eletrônico e recursos humanos para realizar a respectiva fiscalização, tal dispositivo não impede, por si só, eventual recalcitrância na prática de crimes.

Assim, considerando-se haver, in concreto, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, estão presentes os requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, razão pela qual não se vislumbra constrição ilegal à liberdade de locomoção do paciente, tampouco se cogita a imposição de qualquer outra medida cautelar dentre aquelas previstas no rol do art. 319, do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Prisão preventiva – motivação insuficiente

É assente na doutrina e na jurisprudência pátrias que, **para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP**, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou a econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (fundamentação *ope legis*).

Dito de outro modo, para a decretação da prisão preventiva, são necessários prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como ao menos uma das exigências cautelares previstas no art. 312 do Código de Processo Penal (*periculum libertatis*).

Apoiado nessa premissa, verifico que se mostram insuficientes as razões invocadas pelo Juiz de primeiro grau para embasar a ordem de prisão do ora paciente, porquanto deixou de contextualizar, em dados concretos dos autos, a necessidade cautelar de sua segregação.

Com efeito, o Magistrado de primeiro grau, ao converter a custódia em flagrante do paciente em preventiva, destacou que "a **quantidade de droga apreendida, modo em que acondicionada, forma da apreensão**, além de outros dados indicativos de tráfico e **outras circunstâncias** descritas no auto de prisão em flagrante demonstram que, para ser garantida a ordem pública [...], deve ser mantida a custódia cautelar" (fl. 34).

Contudo, embora haja feito breve menção à quantidade de drogas, constato que foi apreendido com o paciente somente **1,35 g de cocaína**, quantidade que, evidentemente, não demonstra, de per si, gravidade concreta do delito ou real periculosidade do agente a ponto de ensejar a necessidade da custódia cautelar. Também o fato de a substância estar acondicionada em "trouxinhas de plástico" (fl. 16) não revela especial gravidade que extrapole o próprio tipo penal em tese violado nem põe em risco de forma concreta e imediata a ordem pública.

Da mesma maneira, entendo que o Magistrado, em nenhum momento, explicitou quais seriam essas "outras circunstâncias descritas no auto de prisão em flagrante", tampouco vinculou tais elementos a **dados concretos** dos autos que, efetivamente, evidenciassem que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a econômica, ou mesmo se furtar à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da lei penal.

Essa, aliás, também foi a compreensão do Ministério Público Federal, que, em seu parecer, destacou o seguinte (fl. 185):

Como se vê, embora as instâncias ordinárias tenham justificado a medida extrema na gravidade da conduta supostamente praticada, contudo, a apreensão de reduzida quantidade de entorpecente (1,35 grama de cocaína) não se mostra apta a colocar em risco a ordem pública.

Ademais, verifica-se que os demais fundamentos expendidos arrimaram-se tão somente na gravidade abstrata do delito de tráfico de droga, o que é insuficiente para a aplicação da medida extrema, não tendo sido demonstrado qualquer elemento concreto que demonstre a efetiva periculosidade social do acusado.

Assim, uma vez que o delito não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, não há notícias concretas de reiteração criminosa e a quantidade de drogas apreendidas não foi elevada (1,35 g de cocaína), considero evidenciado o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima, a ensejar a concessão da ordem para cassar a decisão que converteu a sua prisão em flagrante em preventiva.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem** para, confirmada a liminar que determinou a soltura do paciente, **cassar a decisão que converteu a sua prisão em flagrante em custódia preventiva**, nos autos do Processo n. 0000205-25.2016, da 2ª Vara Judicial da Comarca de Pederneiras – SP, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319, c/c o art. 282 do Código de Processo Penal, mediante idônea fundamentação. Fica, também, ressalvada a possibilidade de nova decretação da prisão preventiva se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0255546-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 372.959 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000205252016 0002052520168260598 20160000550358 205252016 2052520168260598
21357914820168260000

EM MESA

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDO CATACHE BORIAN - SP272872
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MILTON RENAN DE OLIVEIRA (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 Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura.