



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.255 - SP (2016/0295787-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : EUGENIO ANTONIO CAPEL BERNARDES
ADVOGADO : EUGÊNIO ANTÔNIO BERNARDES - SP187957
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE APARECIDO EDUARDO PEREIRA BARROS (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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, 04 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.255 - SP (2016/0295787-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : EUGENIO ANTONIO CAPEL BERNARDES
ADVOGADO : EUGÊNIO ANTÔNIO BERNARDES - SP187957
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE APARECIDO EDUARDO PEREIRA BARROS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOSÉ APARECIDO EDUARDO PEREIRA BARROS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente, preso em flagrante em 18/08/2016, por portar **12,8 gramas de maconha**, teve a segregação convertida em preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, alegando ausência de fundamento concreto no decreto prisional e não cumprimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo a ordem sido denegada.

No presente *writ*, sustenta o impetrante que o paciente é "*pessoa idônea, com residência fixa, residindo com seus pais, pessoas íntegras, possui ocupação lícita, bons antecedentes, jamais foi processado, julgado ou acusado de qualquer fato criminoso, sendo apenas usuária de entorpecentes, necessitando sim de tratamento adequado para poder recuperar-se e ter continuidade digna em sua vida profissional e pessoal*" (e-STJ fls. 11/12).

Aduz que "*não há nos autos sequer indício de qualquer das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, isto é, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assecuramento da aplicação da lei penal, sendo portanto inegável a concessão da liberdade provisória ao acusado*" (e-STJ fl. 14).

Argumenta que "*o réu não violou o artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, sendo que na fase investigatória não resultou comprovada a existência de indícios de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atos de sua conduta, que materializassem cabalmente, a intenção de cessão da substância entorpecente, nem gratuitamente, muito menos vendendo tal “droga”, e na dúvida é mister, ter de ser definida a conduta do réu, diante dos fatos e das provas colhidas na instrução penal, a fim de desclassificá-la ao artigo 28, caput, da mesma Lei” (e-STJ fl. 50).

Alega, ainda, que “não se pode admitir que a situação processual do paciente, em prisão cautelar, seja mais gravosa do que aquela suportada após eventual condenação” (e-STJ fl. 70).

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva com expedição do alvará de soltura.

A liminar foi deferida às e-STJ fls. 254/257.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora foram juntadas às e-STJ fls. 264/286.

O Ministério Público Federal se manifestou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 289/292).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.255 - SP (2016/0295787-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Alega-se na presente impetração ausência de fundamentação idônea 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, 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 conversão da prisão em flagrante em preventiva, *in verbis* (e-STJ fls. 215/217):

"Vistos. I. Trata-se de cópia de auto de prisão em flagrante de José Aparecido Eduardo Pereira Barros. indiciado pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. nas circunstâncias de tempo e lugar indicados no boletim de ocorrência. No âmbito da ciência do flagrante, nos termos do disposto no artigo 310 do CPP (com a nova redação da Lei nº 12.403/11), passo a decidir. II. Está presente hipótese de flagrante delito, sendo que a situação fática e as condutas do indiciado encontram-se subsumidas às regras prev istas pelo artigo 302 do Código de Processo Penal. O auto de prisão em flagrante está material e formalmente em ordem, não se vislumbrando qualquer nulidade. irregularidade ou ilegalidade apta a justificar o relaxamento da prisão em flagrante. Além disso, foram cumpridas todas as formalidades legais e respeitadas as garantias constitucionais. As demais providências que se seguem à prisão em flagrante foram regularmente tomadas (em especial nota de culpa e laudo de constatação provisória). III. Em cognição sumária, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, bem como da finalidade da traficância. Consta que os policiais estavam em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diligências quando verificaram o indiciando pegando algo em um pneu. Indagado, acabou confessando a prática do tráfico. No pneu em questão, encontraram entorpecentes, além de dinheiro. Em que pese as alegações da Defesa, nesta fase devem ser prestigiados os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão do indiciado. Diante dessas circunstâncias, infere-se, em princípio e sem adentrar no mérito, que a prisão em flagrante do indiciado foi legítima. IV. A Lei nº 12.403/11, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, estipulou que as medidas cautelares penais serão aplicadas com a observância da necessidade de aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou instrução penal e para evitar a prática de infrações, devendo a medida em questão, ainda, ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do averiguado (artigo 282 do CPP). A prisão preventiva será determinada quando as outras medidas cautelares alternativas à prisão não forem cabíveis, ou melhor, mostrarem-se insuficientes ou inadequadas para o caso concreto (artigo 282, § 6º, do CPP). No caso, verifica-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo insuficiente a fixação de medidas cautelares alternativas. Trata-se, em tese, de delito doloso cuja pena máxima supera os quatro anos e há provas da materialidade e indícios da autoria. Além disso, **a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal. Consigne-se que o tráfico de drogas é delito equiparado a hediondo e cujo tratamento exige maior rigor.** A prisão do averiguado está absolutamente amparada pela lei, havendo fortes indícios de autoria delitiva, o que demonstra a presença do *fumus commissi delicti*. **Também está presente o periculum libertatis. O crime de tráfico de drogas é grave e vem causando temor à população, em razão de estar relacionado ao aumento da violência e criminalidade, estando, muitas vezes, ligado ao crime organizado. Ademais, é fonte de desestabilização das relações familiares e sociais, gerando, ainda, grande problema de ordem de saúde pública em razão do crescente número de dependentes químicos. É evidente que a grande quantidade e diversidade de entorpecente encontrada supõe a evidenciar ser o averiguado portador de personalidade dotada de acentuada periculosidade.** Além disso, não exerce atividade lícita comprovada, o que evidencia que, solto, certamente voltará a delinquir, para obtenção de lucro fácil na mercancia de entorpecente. V. Ante o exposto, considerando a gravidade em concreto dos fatos delituosos, as circunstâncias fáticas do caso e as condições pessoais desfavoráveis do averiguado, com base nos artigos 282, § 6º, e 310, II, do CPP. CONVERTO em PREVENTIVA a prisão em flagrante de José Aparecido Eduardo Pereira Barros, expedindo-se o competente mandado de prisão. Caso necessário, servirá este termo de ofício de encaminhamento de preso ou de comunicação. No mais, distribuam-se os autos a uma das Varas Criminais da Comarca competente." Não havendo óbice na utilização de sistema de gravação audiovisual em audiência, todas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as ocorrências, manifestações, declarações entrevistas foram captados em áudio e vídeo, conforme CD identificado, [anexado e autenticado pelos presentes neste termo]. Nada mais. Eu. Leonardo Fernando de Souza Almeida, digitei.

Ao examinar os fundamentos declinados no *decisum* acima transcrito, constato a ausência de fundamentação concreta, pois, apesar de ter sido demonstrado o *fumus comissi delicti*, ao se referir ao *periculum libertatis*, limitou-se a invocar a gravidade abstrata do tipo penal, o que, na linha da orientação firmada no âmbito desta Corte, não se admite.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RECEPÇÃO. ÍNFIMA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional, deve ser imposta somente como ultima ratio, sendo ilegal sua decretação quando bastante a aplicação de medidas cautelares alternativas.

2. No caso, sopesadas as circunstâncias da prisão em flagrante, a ínfima quantidade de droga apreendida e as condições pessoais dos agentes, até o momento, favoráveis, revela-se desproporcional a prisão cautelar, sendo suficiente e adequada a fixação do comparecimento quinzenal dos pacientes em juízo para informar e justificar suas atividades.

3. Ordem concedida.

(HC 371.856/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016)

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 se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, justificando o cárcere com a gravidade abstrata do delito.

3. A ausência de elementos concretos e individualizados que indiquem a necessidade da rigorosa providência cautelar configura constrangimento ilegal (Precedentes), mormente quando o paciente foi surpreendido com apenas 3g de crack.

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. Não foi enfrentada pela Corte Estadual a matéria referente ao excesso de prazo na formação da culpa, motivo por que este Tribunal Superior fica impedido de analisá-la, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).

6. 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 355.616/PE, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 27/09/2016)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

A mera referência na decisão à "grande quantidade e diversidade de entorpecedente" (e-STJ fl. 216) não encontra respaldo nos elementos nela declinados, pois consta que o paciente foi detido na posse de **12,8 gramas de maconha** e R\$ 14,00 (catorze reais). Dessarte, da forma como delineados os fatos, não é possível afirmar que se trate de grande quantidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma linha foi a manifestação do eminente representante do Ministério Público Federal, ao afirmar que *"através da mera leitura do acórdão objurgado que manteve a segregação cautelar do paciente, constata-se o alegado constrangimento ilegal, uma vez que não houve fundamentação idônea a ensejar a prisão provisória"* (e-STJ fl. 290).

Ante o exposto, **concedo a ordem**, para determinar que JOSE APARECIDO EDUARDO PEREIRA BARROS responda solto ao processo (Ação Penal n. 0001115-41.2016.8.26.0537, da Terceira Vara Criminal da Comarca de Diadema/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: 2016/0295787-9

HC 378.255 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011154120168260537 11154120168260537 15762016 21571120420168260000

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EUGENIO ANTONIO CAPEL BERNARDES
ADVOGADO : EUGÊNIO ANTÔNIO BERNARDES - SP187957
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE APARECIDO EDUARDO PEREIRA BARROS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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.