



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.944 - SP (2016/0185399-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AIRTON BARBOSA DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de *habeas corpus* contra decisão que denega pedido liminar, em sede de *writ* impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias não apontaram elementos concretos relativos à conduta perpetrada pelo paciente que demonstrem a imprescindibilidade da medida restritiva da liberdade, nos termos do art. 312 do CPP. Além disso, a gravidade abstrata do delito, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

4. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que o acusado foi flagrado com pouca quantidade de droga, a saber 5,7 gramas de maconha. Precedentes.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar a soltura do paciente, sob a imposição da medida cautelar prevista no artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação cabe ao Juízo de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.944 - SP (2016/0185399-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AIRTON BARBOSA DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em benefício de AIRTON BARBOSA DE OLIVEIRA contra decisão monocrática que indeferiu o pedido liminar no *writ* manejado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2078010-68.2016.8.26.0000).

O paciente foi preso em flagrante em 9 de abril de 2016 e teve a custódia convertida em preventiva (e-STJ fls. 24/25) pela suposta infringência ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo 5,7 gramas (cinco gramas e sete decigramas) de maconha.

Irresignada com a ilegalidade da prisão cautelar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem. O pedido liminar, como antes relatado, foi indeferido (e-STJ fl. 20).

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/19), a impetrante suscita a nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, por falta de fundamentação (totalmente genérica, baseada na gravidade abstrata do delito), sem apontar qualquer elemento concreto que justificasse a necessidade da medida extrema.

Sustenta haver constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar, tendo em vista a ausência, inclusive de indicação, dos pressupostos legais autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, bem como do *periculum libertatis*.

Aduz que o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 foi declarado inconstitucional pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não há vedação legal à concessão de liberdade provisória.

Destaca as condições pessoais favoráveis do paciente, que é primário, possui bons antecedentes e tem residência fixa. Nesse contexto, afirma que a manutenção da prisão representa violação do princípio da homogeneidade ante a possibilidade de, em eventual condenação, ser-lhe imposto regime prisional menos gravoso ou ainda, ser-lhe aplicada pena restritiva de direito.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a revogação do decreto de prisão preventiva, ou subsidiariamente, a imposição de medida cautelar diversa da prisão.

O pleito urgente foi deferido para assegurar ao paciente a liberdade até julgamento final do presente *habeas corpus*, sob a imposição da medida cautelar diversa da prisão prevista no artigo 319, incisos I, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 28/31).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 41 e 50/51), o Ministério Público Federal manifestou-se pela prejudicialidade do *habeas corpus*, alegando a perda de objeto do *writ* em virtude da prolação de sentença condenatória (e-STJ fls. 126/128).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.944 - SP (2016/0185399-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, em síntese, afastar a prisão preventiva imposta em desfavor do ora paciente pelo Juízo singular, preservada liminarmente pelo Tribunal estadual. Referida custódia cautelar foi decretada nos seguintes termos (e-STJ fls. 24/25):

(...) Dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria.

Assim, há de se resguardar a ordem pública, que se encontra abalada pela prática reiterada de crimes dessa mesma natureza, que agride e perturba toda a nossa comunidade.

Ademais, para garantia da instrução processual e segurança da aplicação da lei penal, sua segregação em cárcere será útil para a busca da verdade dos fatos ocorridos.

Compulsando os autos, percebe-se que a materialidade do crime está provada e sua autoria ao indiciado atribuída encontra suporte em indícios veementes.

Dessa forma, por presentes os requisitos legais exigidos à decretação de sua prisão preventiva, não merece o indiciado, ao menos neste momento, a concessão de qualquer benesse. Portanto, mantenho a prisão do indiciado, convertendo a prisão em flagrante em preventiva. Expeça-se mandado de prisão tão logo sejam distribuídos os autos ao juízo competente.

Em 30/06/2016, deferi a liminar requerida no presente writ, aduzindo os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 29/31):

É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não caber habeas corpus contra decisão que indefere liminar na origem, na esteira do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, salvo se demonstrada flagrante ilegalidade.

No caso, reputo configurada indícios de ilegalidade, aptos a desafiar controle antecipado por este Superior Tribunal. Explico.

É consabido que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

No particular, em uma análise do inteiro teor da decisão singular (e-STJ fls. 24/25), preservada liminarmente pelo Tribunal impetrado, não se verifica a presença de qualquer elemento concreto, colhido do flagrante, valorado pelo Magistrado para fins de decretação da prisão do paciente e ajustado às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação [...] (HC n 125.957, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/2/2015, publicado em 13/3/2015).

Ademais, a imposição de medida cautelar não depende da prova certa da materialidade, nem de indícios suficientes de autoria. Esses são requisitos para a prisão preventiva e para o oferecimento da denúncia ou queixa (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 282).

Avaliando as circunstâncias do fato concreto, para garantir a ordem pública e assegurar a instrução processual, mister substituir a prisão preventiva pela medida cautelar insculpida no art. 319, inciso I, do Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

O prazo e as condições do comparecimento periódico em juízo deverão ser fixados pelo Magistrado de primeiro grau.

Registra-se, por fim, que a concessão desta medida liminar não prejudica a análise do mérito do habeas corpus originário pelo Tribunal impetrado.

*Ante o exposto, **defiro o pedido liminar** para determinar que AIRTON BARBOSA DE OLIVEIRA aguarde em liberdade o julgamento final do presente habeas corpus, sob a imposição da medida cautelar diversa da prisão prevista no artigo 319, incisos I, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo Juízo de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.*

De fato, a decisão liminar merece ser confirmada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, como visto, o Magistrado singular, embora tenha salientado que a custódia cautelar se mostra necessária para a garantia da ordem pública, deixou de apontar os elementos concretos, relativos à conduta perpetrada pelo paciente, que justificassem a imposição de medida extrema, limitando-se, em vez disso, a tecer argumentos genéricos sobre a gravidade do crime em questão no seio da sociedade.

Assim, em que pese a gravidade inerente ao crime de tráfico de drogas, não se observa, na hipótese, existência de periculosidade da ação delituosa, específica do paciente, apta a ensejar a sua prisão cautelar. Com efeito, *A ameaça que o agente personalizaria à ordem pública só pode ser aferida no contexto dos fatos. Não preenche a teleologia do art. 312 do Código de Processo Penal a mera alusão à gravidade da pena do delito, imputado ao paciente, como fundamento para justificar a prisão preventiva enquanto forma de garantir a aplicação da lei penal* (HC n. 90936, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 3/8/2007, publicado em 11/4/2008).

Noutro vértice, as *Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por medidas diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem* (HC n. 335.537/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 01/12/2015).

Nesse contexto, a constatação da existência de condições favoráveis ao paciente, como a primariedade e os bons antecedentes, devem ser levadas em consideração para a concessão da liberdade, sobretudo quando o caso concreto revela a apreensão de pouca quantidade de droga - 5,7 gramas de maconha -, o que se coaduna com o entendimento desta Corte em casos análogos. Confira-se:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (8,66 GRAMAS DE CRACK). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. [...] Na hipótese dos autos, não há fundamentos idôneos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifiquem a prisão processual do paciente. A alegação de que o tráfico é crime grave e que causa desassossego para a sociedade, principalmente nas cidades de pequeno porte, não constitui motivação idônea e suficiente para justificar a constrição antecipada, mormente quando não considerados os elementos concretos do caso, quais sejam, o fato de o agente ser primário, de bons antecedentes e a pequena quantidade da droga apreendida (8,66 gramas de crack).

Assim, restando deficiente a fundamentação do decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes do trânsito em julgado e demonstrando-se a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento do paciente, deve ser revogada sua prisão preventiva.

Recurso em habeas corpus provido, para revogar o decreto de prisão preventiva em discussão, ressalvada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada concretamente sua necessidade, permitido ao Juiz de primeiro grau aplicar as medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP. (RHC 71.898/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

[...] 2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

3. No caso, além de a prisão ter sido fundamentada na gravidade abstrata e no caráter hediondo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o paciente, réu primário e com residência fixa, foi preso portando pequena quantidade de droga (7,02g de cocaína fracionada em 18 porções).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do acusado - salvo se por outro motivo estiver preso -, devendo o juízo de primeiro grau verificar se é o caso de aplicar as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC 331.746/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015)

[...] 3. As instâncias ordinárias entenderam devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a inafiançabilidade e a hediondez do crime de tráfico, bem como o fato de o tráfico fomentar a prática de outros delitos), sem, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entanto, terem 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.

4. A prevalecer a argumentação dessas decisões, 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.

5. Habeas corpus concedido, para tornar definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida e, conseqüentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30/6/2015, DJe 3/8/2015).

Nesse contexto, entendo que a prisão preventiva não se mostra imprescindível, sendo possível, no presente caso, o acautelamento mediante a aplicação de outras medidas diversas do cárcere.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, confirmando a liminar anteriormente deferida, **concedo a ordem** de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, sob a imposição da medida cautelar prevista no artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação cabe ao Juízo de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0185399-9

HC 362.944 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003574120168260544 20780106820168260000 3574120168260544

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PEDRO CAVENAGHI NETO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: AIRTON BARBOSA 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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.