



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 439.406 - SP (2018/0049958-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JIRLANE SANTANA SANTOS

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

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 de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, o decreto de prisão preventiva carece de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída à paciente. Ausente, portanto, a indicação de dado concreto que justifique a imposição da prisão provisória.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão ora impugnado, restabelecendo a decisão proferida em primeira instância que concedeu a liberdade provisória à paciente mediante o cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão.

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, 12 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 439.406 - SP (2018/0049958-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JIRLANE SANTANA SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JIRLANE SANTANA SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Recurso em Sentido Estrito n. 0082619-41.2017.8.26.0050).

Os autos dão conta de que a paciente foi presa em flagrante, por suposta infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque teriam sido apreendidos em seu poder 80 (oitenta) porções de cocaína, com peso líquido de 30,3g (trinta gramas e três decigramas), 5 (cinco) porções de maconha, com peso líquido de 7,3g (sete gramas e três decigramas) e 8 (oito) frascos contendo 40ml (quarenta mililitros) de lança-perfume, além da quantia de R\$ 17,00 (dezessete reais).

Ao realizar a audiência de custódia, o Juízo de Direito do Departamento de Inquérito Policial da Comarca de São Paulo – DIPO 4 – SEÇÃO 4.1.1, "*em razão da pequena quantidade de drogas somada à sua primariedade*" aliada à possibilidade "*de ser a investigada condenada em pena com regime diverso do fechado*", concedeu liberdade provisória mediante cumprimento das seguintes medidas cautelares: a) comparecimento mensal em juízo; b) recolhimento domiciliar noturno das 22 horas às 6 horas; e c) proibição de ausentar-se da comarca por mais de 10 (dez) dias sem autorização do juízo, bem como expressa observância aos arts. 327 e 328 do CPP, ou seja, comparecer a todos os atos de eventual processo instaurado e não mudar de domicílio sem prévia comunicação ao juízo, sob pena de revogação da liberdade provisória (e-STJ fls. 84/85).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito perante o Tribunal do origem, que lhe deu provimento para decretar a prisão preventiva da ora paciente e, conseqüentemente, determinar a expedição de mandado de prisão. Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fls. 136):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Tráfico de entorpecentes. Art. 33, Lei nº 11.343/06. Revogação da decisão que concedeu a liberdade provisória. Restabelecimento da prisão preventiva. Índícios de autoria e materialidade a autorizar a prisão. Presença dos requisitos contidos no artigo 312, do Código de Processo penal. Gravidade do delito. Recurso concedido.

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo afirma que, "no caso em tela, mostra-se absolutamente inviável a decretação da custódia cautelar da autuada tendo em vista estarem ausentes os requisitos necessários à sua imposição" (e-STJ fl. 5).

Sustenta que "o egrégio Tribunal não citou em seu acórdão qualquer elemento do caso concreto apto a fundamentar sua decisão", e que "A medida excepcional deve apoiar-se em fatos concretos que a embasem, não apenas em hipóteses ou conjecturas. É nula quando há falta de fundamentação concreta de sua necessidade cautelar" (e-STJ fl. 5).

Aduz que, "por óbvio, o fato imputado ao réu na exordial (tráfico de drogas) é grave, e por isso, encontra-se em lei esparsa criminal, punindo a respectiva conduta. Somente se existir algo além (excessivo e CONCRETAMENTE PERIGOSO) na conduta do agente que conduza a um entendimento de RISCO À ORDEM PÚBLICA, poderia o juízo apresentar tal argumentação" (e-STJ fls. 5/6).

Destaca que, "in casu, é evidente que o crime se revelou de menor gravidade, eis que teria sido encontrada com a recorrida pequena quantidade de droga. Não foram, ainda, encontradas com a autuada elevada quantia em dinheiro, manuscritos ou conversas telefônicas que indiquem que ela integre organização criminosa ou que se dedique a atividade criminosa de forma habitual. Dessa forma, diante de tais circunstâncias, é evidente que restará configurado, no máximo, o chamado 'tráfico privilegiado', o qual, como já mencionado, de acordo com decisão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do Habeas Corpus nº 118.552, deverá receber tratamento distinto daquele dispensado aos crimes hediondos" (e-STJ fls. 10/11).

Alega que, no caso de eventual condenação, é grande a possibilidade de que o regime de pena fixado seja o aberto e, ainda, de que a pena seja substituída por restritiva de direitos, o que reforça a desproporcionalidade da segregação cautelar.

Ressalta que *"medida cautelar que se afigure como mais gravosa que o pior provimento final provável consiste em odiosa antecipação de pena, figura que viola, a um só tempo, o devido processo legal, a proporcionalidade, a presunção de inocência, a razoabilidade, a duração razoável do processo, a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito"* (e-STJ fl. 13).

Por isso, requer, liminarmente, *"a imediata expedição de contramandado (ou alvará de soltura, caso ela lamentavelmente já tenha sido presa quando do julgamento)"* e, no mérito, a revogação da prisão preventiva, com restabelecimento da decisão de primeiro grau que havia imposto medidas cautelares diversas da prisão (e-STJ fl. 14).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 154/157).

Informações prestadas (e-STJ fls. 162/165 e 168/177).

Parecer ministerial pela concessão da ordem, às e-STJ fls. 179/183, ementado nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDEU A LIBERDADE PROVISÓRIA COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. Pela concessão da ordem.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 439.406 - SP (2018/0049958-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Aponta-se, no presente *habeas corpus*, a inexistência de fundamentação no decreto que impôs a segregação cautelar à paciente.

Insta consignar que a regra em nosso ordenamento jurídico é a liberdade. Assim, a constrição 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 foram os fundamentos invocados pelo Tribunal de Justiça estadual para a decretação da prisão preventiva da paciente, *in verbis* (e-STJ fls. 137/141):

Consta dos autos que a recorrida foi detida na posse de 80 (oitenta) invólucros de cocaína, 05 (cinco) porções de maconha e 08 (oito) tubos de lança-perfume.

Assim, JIRLANE fora levada à Delegacia, após confessar informalmente a mercancia ilícita aos policiais. Durante o interrogatório, entretanto, alterou sua versão e negou a prática delitiva.

Ora, não há motivo algum que indique a suspeição dos policiais, que não imputariam tal conduta à pessoa inocente.

Além do mais, a simples posse de três tipos de entorpecente em local conhecido como ponto de venda de drogas, já serve de indicativo de que a recorrida se encontrava no local ativamente praticando o comércio espúrio.

Conclui-se, portanto que pesa sobre a recorrida a imputação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas, crime de extrema gravidade, que vem atormentando e atemorizando a população, abalando a tranquilidade social, com inegável afronta à ordem pública.

De acordo com os autos, as circunstâncias do fato delituoso indicam o grau de periculosidade e de insensibilidade moral da recorrida e, aliadas à gravidade do crime, fundamentam suficientemente a prisão cautelar (artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal com redação dada pela Lei nº 12.403/11), para o resguardo da ordem pública, para garantir a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

Assim, mostra-se temerária a soltura da recorrida neste momento, até porque, em caso de eventual condenação, ela provavelmente não fará jus ao regime mais brando, de modo que a custódia se revela necessária para a garantia de eventual aplicação da lei penal.

A natureza e a gravidade do delito atribuído à recorrida, bem como as próprias circunstâncias que envolvem o crime, recomendam a custódia cautelar.

Aliás, a concessão de liberdade provisória, neste momento, contribui para fomentar o descrédito da Justiça perante a população, que está compreensivelmente alarmada com a banalização da prática de crimes.

Ademais, não se configura constrangimento ilegal a custódia cautelar de JIRLENE, também justificável pela gravidade do delito.

[...].

Com tal quadro processual, nem mesmo a eventual primariedade ou a alegação de possuir residência fixa e ocupação lícita teriam o condão, por si sós, de conferir à recorrida o benefício que lhe foi concedido monocraticamente.

[...].

Vale lembrar que as medidas cautelares alternativas à prisão são totalmente inviáveis ao caso em exame, ao menos por ora, vez que se mostram não só insuficientes, mas também inadequadas para a garantia da ordem pública, dada a gravidade do delito, que tem pena máxima em abstrato superior a quatro anos - e as circunstâncias do fato que são imputadas à recorrida.

Portanto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, para reformar a decisão monocrática e decretar a prisão preventiva de JIRLANE SANTANA.

Verifica-se que o acórdão ora impugnado se deteve à menção da gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas, deixando de demonstrar o *periculum libertatis* e a insuficiência da aplicação das medidas cautelares alternativas à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão impostas pelo Juízo de primeiro grau. Carece, assim, de fundamentação concreta, o que, na linha da orientação firmada no âmbito desta Corte, não se admite.

Adequados à espécie, nessa perspectiva, os ensinamentos de Rodrigo Capez:

A exigência de fundamentação expressa avulta na demonstração do periculum libertatis, impondo ao juiz o dever de valorar os fatos, retratados nos autos, que tipificam a situação de perigo criada pela conduta do imputado.

Pelo princípio da gradualidade, as medidas cautelares pessoais são ordenadas em tempo de progressiva afluência, de modo que a compressão da liberdade do imputado deve ser contida nos limites mínimos necessários à satisfação das exigências cautelares.

A prisão cautelar, como ultima ratio, é medida excepcionalíssima que somente poderá ser imposta quando as demais medidas cautelares mostrem-se inadequadas ou insuficientes. Por força do direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, o juiz necessariamente deverá partir da medida de menor intensidade para somente então, motivadamente, alcançar as de maior intensidade.

Admitir que a decretação da prisão cautelar desde logo implique, de forma automática e implícita, a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares dela diversas, importa subverter a lógica do sistema gradual de medidas cautelares e violar o dever de motivação expressa.

Significa, ainda, recolocar indevidamente a prisão preventiva no baricentro do novo sistema de medidas cautelares, deitar por terra a reforma processual feita pela Lei n. 12.403/11, e recair no imobilismo, imortalizado por Giuseppe Tomasi, Príncipe de Lampedusa, nas palavras de Tancredi Falconieri em O Leopardo: "Se queremos que tudo fique como está, é preciso que tudo mude", e reverberada no pensamento de Don Fabrizio Cordera, Príncipe de Salina: "Depois tudo ficará na mesma, embora tudo tenha mudado".

Não se exige, para a decretação da prisão cautelar, que o juiz se pronuncie, analítica e exaustivamente, sobre a inadequação ou insuficiência de cada uma das medidas cautelares e as alternativas, mas sim que demonstre, fundamentadamente, a presença da cautelaridade em seu grau máximo e que explicita, de forma sintética, porém completa, as razões pelas quais as medidas alternativas seriam inadequadas ou insuficientes para eliminar a situação de perigo. (CAPEZ, Rodrigo. Prisão e Medidas Cautelares Diversas. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 440/441).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, destacam-se:

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

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 e da repetição de elementos inerentes ao próprio tipo penal.

3. A ausência de elementos concretos e individualizados que indiquem a necessidade da rigorosa providência cautelar configura constrangimento ilegal (Precedentes).

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. 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. (Sexta Turma, HC 350.191/SP, de minha relatoria, j. em 26/04/2016, DJe 03/05/2016)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (Sexta Turma, HC 343.630/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 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. 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.

2. A alegação de incompetência da Justiça estadual para a condução do feito não foi objeto de decisão pelo Tribunal a quo, de modo que não se inaugura a competência desta Corte Superior, sob pena de configurar-se supressão de instância.

3. A Corte de origem ressaltou a legalidade das escutas telefônicas realizadas pela polícia judiciária, ao asseverar que todas foram devidamente autorizadas pelo Juízo competente, assim como suas prorrogações, que se estenderam no tempo devido, especialmente, "ao número de pessoas envolvidas e a dinâmica imposto pelo grupo" (fl. 747). Portanto, para se infirmar a interpretação exarada no acórdão vergastado, seria necessário imiscuir-se no exame do acervo probatório, o que é defeso a este Tribunal Superior.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (Sexta Turma, HC 338.553/AC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 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.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para cassar o acórdão ora impugnado e restabelecer a decisão de primeira instância.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0049958-8

HC 439.406 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00805859320178260050 00826194120178260050 20170000770055 2017002088
20180000109828 21776111320178260000 34662017 826194120178260050

EM MESA

JULGADO: 12/06/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JIRLANE SANTANA SANTOS

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 Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.