HABEAS CORPUS Nº 541.484 - SP (2019/0317980-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIANA BORGHERESI DUARTE - SP328878
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIPE DOS SANTOS FRANCA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NÃO RELEVANTE. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. 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 de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. Na espécie, realizada a prisão em flagrante, a prisão preventiva foi decretada em razão da quantidade da droga apreendida, a saber, 56,6g de maconha, o que não é suficiente para demonstrar a periculosidade do paciente ou a gravidade concreta da conduta, mormente se consideradas as circunstâncias pessoais favoráveis do agente.

3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva.

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 o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de fevereiro de 2020 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

HABEAS CORPUS Nº 541.484 - SP (2019/0317980-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIANA BORGHERESI DUARTE - SP328878
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIPE DOS SANTOS FRANCA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FELIPE DOS SANTOS FRANCA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 17/10/2019, prisão essa posteriormente convertida em preventiva, pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em decorrência da apreensão de 56,6g (cinquenta e seis gramas e seis decigramas) de maconha.

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o pedido liminar foi indeferido (e-STJ fl. 66).

No presente *writ*, afirma a impetrante, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, ao argumento de que a decisão que decretou a prisão preventiva não estaria amparada em fundamentação idônea.

Pleiteia, liminarmente e no mérito, a revogação da custódia cautelar.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 70/75).

Informações prestadas.

Em consulta eletrônica, verificou-se que o *writ* originário foi julgado prejudicado pelo deferimento liminar nesta impetração. No juízo primevo a denúncia foi recebida, estando a ação penal n. 1525014-43.2019.8.26.0228 em fase de instrução processual.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão do *writ* (e-STJ fls. 102/104).

É, em síntese, o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 541.484 - SP (2019/0317980-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

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, LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

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.

Ocorre que, no caso em exame, o *writ* originário foi julgado prejudicado pela concessão liminar neste *habeas corpus* por estar a flagrante ilegalidade demonstrada, situação que autoriza a excepcional superação do referido entendimento sumular. Nesse sentido: HC n. 334.809/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016.

Desse modo, passo ao exame da decisão combatida.

No presente caso, a segregação cautelar está fundamentada nos seguintes termos (e-STJ fl. 69):

> *No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de TRÁFICO DE DROGAS (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante, em especial as declarações colhidas, o auto de apreensão e o laudo de constatação da droga.*
>
> *Consta dos autos, no boletim de ocorrência: "Comparecem os policiais civis desta Unidade, supra qualificados, noticiando que, a fim de inibir*

incidência de comercialização de entorpecentes nas adjacentes do Shopping Metrô Tatuapé haja vista as diversas denúncias sobre ocorrência de tráfico na passarela do Metrô Tatuapé, os policiais desta unidade passaram a observar um indivíduo que se encontrava na passarela de acesso ao metrô em atitude suspeita, momento em que o policial REGINALDO PATERNO observou que um indivíduo recepcionou pessoa desconhecida, que se aproximou e o qual entregou determinada quantia em dinheiro a pessoa, posteriormente identificada como FELIPE DOS SANTO S FRANÇA, sendo que este entregou ao desconhecido uma invólucro contendo substância esverdeada semelhante a maconha, o qual se juntou aos usuários daquela passarela, onde estes transitavam e se evadiu; ato contínuo, o policial REGINALDO PATERNO acompanhado de seu colega LUDSON, abordaram e identificaram o indivíduo como ***FELIPE DOS SANTOS FRANÇA, sendo encontrado no bolso da frente e do lado direito de sua calça 36 unidades de substância esverdeada aparentando ser maconha, além da quantia de R$ 40,00 (quarenta reais) em notas trocadas****. Indagado o acusado acabou por confessar que praticava tráfico de drogas por razões de dificuldades financeiras. Diante dos fatos o condutor e a testemunha deram a voz de prisão e o conduziram para esta unidade policial para as providências cabíveis, onde a Autoridade Policial, ciente dos fatos, determinou a apreensão das substâncias localizadas e seu imediato encaminhamento ao Instituto de Criminalística para análise, ensejando no Laudo Pericial nº 405.899/2019, o qual resultou: Item Único: Positiva,* ***Tetrahidrocanabinol (THC) em 56.6 gramas****". Trata-se, na hipótese, da apreensão de 36 porções de maconha (56,6g), além de R$ 40,00 em dinheiro trocado em situação tipicamente de traficância, em local bem conhecido pela presença de pessoas que utilizam drogas, detonando que o indiciado faz do tráfico o seu meio de vida.*

Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é comum que os traficantes mantenham consigo apenas parte das drogas (porções para venda imediata), em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo com a quantidade apreendida seria possível fazer centenas de cigarros de maconha 1 , que se mostram para além do necessário e ordinário ao consumo individual (indicando a finalidade de mercancia). Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes). Neste aspecto, veja-se que NÃO há indicação precisa de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) – sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento. NÃO há ainda indicação precisa de endereço fixo(já o indiciado declarou endereço diverso daquele constante do B. O e disse morar com a namorada) que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que

> *a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal. Ressalto também que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis, por ser o indiciado tecnicamente primário, não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade. É que "o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis" (STJ, HC nº 0287288-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje. 11/12/2013). "A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar. A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência" (STJ. HC nº 34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher, j. 14/02/2000). Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor. Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Isso porque nenhuma delas é efetivamente segregadora. As medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública. 5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação, motivo pelo qual CONVERTO a prisão em flagrante de FELIPE DOS SANTOS FRANÇA em preventiva, com fulcro nos artigos 310, inciso II, 312 e 313 do Código de Processo Penal.*

Com efeito, apesar de o decreto de prisão preventiva mencionar a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do ora paciente – **56,6g (cinquenta e seis gramas e seis decigramas) de maconha** –, não se infere daí periculosidade hábil a justificar a imposição da medida cautelar mais gravosa, especialmente ao se levar em conta que se trata de réu primário e sem antecedentes criminais.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. RELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. SUFICIÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> […]
>
> *2. Na espécie, realizado o flagrante, a prisão preventiva foi decretada em*

razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas - 88g (oitenta e oito gramas) de maconha. 3. Muito embora o édito prisional indique a necessidade da imposição da prisão cautelar, valendo-se sobretudo da menção à quantidade de droga apreendida e à tentativa de introduzi-la em estabelecimento prisional, a imposição das medidas cautelares revela-se mais adequada e proporcional ao caso. Isso porque, não obstante a quantidade de droga apreendida não possa ser considerada pequena, também não é, por outro lado, indicativa, por si só, da periculosidade da paciente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo. Some-se a isso que a paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

4. Assim, as particularidades do caso demonstram a suficiência, a adequação e a proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas a serem definidas pelo juízo local.

(HC 409.355/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[…]

3. No caso dos autos, a prisão preventiva da paciente foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e em elementos inerentes ao próprio tipo penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade do entorpecente apreendido - 40,94 gramas de cocaína e 44,45 gramas de maconha - e as circunstâncias do flagrante, podem ser consideradas relevantes a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar da paciente, sobretudo quando observada sua primariedade, seus bons antecedentes e o fato de, ao que tudo indica, possuir dois filhos, com 1 e 2 anos de idade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva da paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.

(HC 409.537/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).

Ante o exposto, **concedo a ordem** para revogar a prisão preventiva de FELIPE DOS SANTOS FRANCA, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0317980-2 **HC 541.484 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15250144320198260228 22358616820198260000

EM MESA JULGADO: 18/02/2020

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		MARIANA BORGHERESI DUARTE - SP328878
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIPE DOS SANTOS FRANCA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.