



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.214 - SP (2017/0099389-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : FRANCISCO DE OLIVEIRA E SILVA JUNIOR
ADVOGADO : FRANCISCO DE OLIVEIRA E SILVA JUNIOR - SP117850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO DA CUNHA (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691/STF. AFASTADO O ÓBICE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Embora a Súmula 691 do STF vede a utilização de *habeas corpus* impetrado contra decisão de relator que, em *writ* impetrado perante o eg. Tribunal de origem, indefere o pedido liminar, admite-se, em casos excepcionais, configurada flagrante ilegalidade, a superação do entendimento firmado no referido enunciado sumular.

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. A pequena quantidade de entorpecentes apreendida, aproximadamente 5g (cinco gramas) de *crack*, não indica periculosidade concreta suficiente para a manutenção de segregação preventiva, mormente se favoráveis as condições pessoais do agente, como ocorre no presente caso.

4. 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, 22 de agosto de 2017 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.214 - SP (2017/0099389-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : FRANCISCO DE OLIVEIRA E SILVA JUNIOR
ADVOGADO : FRANCISCO DE OLIVEIRA E SILVA JUNIOR - SP117850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO DA CUNHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOAO PAULO DA CUNHA, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2057347-64.2017.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 16/3/2017, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, e no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, pela suposta comercialização de aproximadamente 5g de *crack*. A prisão foi convertida em preventiva (e-STJ fls. 49/51).

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, a medida liminar foi indeferida (e-STJ fls. 99/100).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante defende flagrante ilegalidade capaz de superar o óbice da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal.

Alega, para tanto, que a prisão preventiva foi decretada com base em fundamentação abstrata, sem observância dos requisitos legais.

Ao final, requer a revogação da prisão cautelar.

A medida liminar foi deferida, para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento final do *writ* (e-STJ fls. 134/138).

Informações prestadas (e-STJ fls. 152/166 e 169/181).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem em parecer assim ementado (e-STJ fl. 184):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CABIMENTO.

1. *“Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário cabível” (HC nº 249637/AC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, de 20/09/2012).*
2. *Comprovada a materialidade, havendo indícios de autoria e restando demonstrada, com elementos concretos, a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, afasta-se a alegação de constrangimento ilegal. Precedentes.*
3. *Parecer pelo não conhecimento do writ.*

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.214 - SP (2017/0099389-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

O objeto da presente impetração cinge-se à verificação da existência de fundamentação no decreto que impôs a segregação cautelar ao paciente.

É bem verdade que o presente *writ* investe contra decisão que indeferiu medida liminar em idêntico remédio impetrado perante o eg. Tribunal de origem, o que, nos termos do disposto na Súmula 691 do Pretório Excelso, não se admite.

Ocorre que no caso em exame a flagrante ilegalidade está demonstrada, haja vista a ausência de fundamentação válida do decreto prisional, situação que autoriza a excepcional superação do referido entendimento sumular.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA N. 691 DO STF. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo o enunciado da Súmula n. 691 do STF, plenamente adotada por esta Corte, não é possível a utilização de habeas corpus contra decisão de relator que, em writ impetrado perante o Tribunal de origem, indefere o pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia jurídica da decisão impugnada, sob pena de supressão de instância.

2. 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 Código de Processo Penal.

3. O Juiz de primeiro grau, ao converter o flagrante em preventiva, fundamentou a prisão na hediondez do delito supostamente praticado e apontou genericamente a presença dos vetores contidos na lei de regência, sem justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade.

4. Ordem concedida para, confirmada a liminar que determinou a soltura do paciente, cassar a decisão que decretou a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação da segregação cautelar, se efetivamente demonstrada sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(HC 334.809/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016)

Desse modo, passo ao exame da decisão combatida.

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.

No caso, estes os fundamentos invocados para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, *in verbis* (e-STJ fls. 63/64):

Os indiciados foram presos em flagrante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, cujas penas máximas abstratamente cominadas são superiores a quatro anos, atendendo ao requisito do inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva.

Há prova da materialidade delitiva, conforme se verifica pelo boletim de ocorrência e auto de exibição e apreensão, e indícios de autoria, mormente se considerada a situação de flagrância.

Também estão presentes os pressupostos para a decretação da custódia cautelar dos indiciados, já que a manutenção de suas prisões são necessárias à garantia da ordem pública, notadamente porque a quantidade e a forma como estavam acondicionadas as substâncias entorpecentes indicam, ao menos por ora, que os indiciados destinam seus esforços ao tráfico e fazem da venda de entorpecentes o seu meio de vida.

Com efeito, denota-se que os réus estão envolvidos em crimes de suma gravidade consistente no tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, que devem ser combatidos com rigor.

É oportuna a transcrição da lição ministrada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

"O Poder Judiciário não pode ficar alheio à gravidade do problema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de segurança que atormenta os moradores das cidades. E se o juiz é, como deve ser, homem de seu tempo, atento à realidade dos fatos e ao momento que atravessa, não pode deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando e de maneira quase incontornável, alarmando a população e intranquilizando as famílias" (RHC 65.501-SP - RTJ 123/547)

No mais, os delitos imputados aos investigados são equiparados a hediondo, o que demonstra sua gravidade e a necessidade de que seja rigorosamente combatido.

E, ainda que se argumente quanto a possibilidade de que seja deferida a liberdade provisória em casos tais, entendo que tal medida, à vista do caso concreto e insuficiente para resguardar a ordem pública e acautelar a paz social.

Estão, pois, presentes os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva do réu.

Diante desse quadro, reputo inviável a aplicação de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319. do Código de Processo Penal, por se revelarem inadequadas e insuficientes ao caso.

Importante ressaltar, ainda, que a custódia cautelar, além de resguardar a ordem pública, conforme dito, imprime celeridade ao processo, permitindo a rápida formação da culpa, preservando a boa instrução criminal, notadamente porque enseja a presença do agente a todos os atos do processo.

Além do mais, tal medida assegura a aplicação da lei penal.

Ante o exposto, e atenta à manifestação do Ministério Público (fls. 33/34) CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE dos indiciados JOÃO PAULO DA CUNHA e JOÃO PEDRO XAVIER LORDI em PRISÃO PREVENTIVA, que ora decreto, com fundamento no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal na redação dada pela Lei nº 12.403. de 04 de maio de 2011.

Ao examinar os fundamentos declinados no *decisum* acima transcrito, constato, assim como já havia feito por ocasião do deferimento da liminar, a sua ausência de fundamentação concreta, pois, além de reconhecida a presença de materialidade e indícios da prática delitiva, foi invocada tão somente a gravidade abstrata da conduta em tese praticada, com mera descrição das elementares inerentes ao próprio tipo penal, o que, na linha da orientação firmada no âmbito desta Corte, não se admite.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. MERAS CONJECTURAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

(HC 350.191/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado 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 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.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

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.)

Ademais, o decreto menciona a quantidade de droga apreendida, a saber, aproximadamente 5g (cinco gramas) de *crack* (e-STJ fl. 27), montante que não evidencia a periculosidade concreta do delito, mormente se consideradas as circunstâncias pessoais favoráveis do paciente.

Nesse mesmo sentido os seguintes precedentes desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS GRAVOSAS. PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A pequena quantidade de droga apreendida - 17 (dezessete) porções de crack com peso líquido de 7,56 gramas e 17 (dezessete) porções de maconha com peso líquido de 15,59 gramas, somada à ausência de indicação de eventual histórico delitivo em desfavor do recorrente ou mesmo de outras circunstâncias gravosas que pudessem justificar a segregação, permite a conclusão de que não foi apresentada fundamentação idônea para a prisão preventiva.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 79.358/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS SOBRE A GRAVIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. No caso, a prisão preventiva do recorrente foi decretada sem que fossem apontados dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a medida extrema; somente há referências a elementares do tipo penal e termos genéricos da lei processual.

3. Afirmções genéricas e abstratas a respeito da periculosidade do crime não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Ainda mais quando se trata de recorrente preso em flagrante com pequena quantidade de entorpecente (24g de maconha) e que guarda condições pessoais favoráveis, como a primariedade e os bons antecedentes.

4. Recurso provido para revogar o decreto prisional do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal.

(RHC 81.139/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, era 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, confirmada a liminar, determinar que JOÃO PAULO DA CUNHA responda solto ao processo (Ação Penal n. 0000601-58.2017.8.26.0180, da 2ª Vara da Comarca de Espírito Santo do Pinhal/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: 2017/0099389-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 398.214 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006015820178260180 20573476420178260000 6015820178260180

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FRANCISCO DE OLIVEIRA E SILVA JUNIOR
ADVOGADO : FRANCISCO DE OLIVEIRA E SILVA JUNIOR - SP117850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO DA CUNHA (PRESO)
CORRÉU : JOAO PEDRO XAVIER LORDI

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.