



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 765232 - SP (2022/0261145-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : PLINIO ANTONIO BRITTO GENTIL FILHO E OUTRO
ADVOGADOS : PLÍNIO ANTÔNIO BRITTO GENTIL FILHO - SP432163
GIOVANNA PENHALBEL SIGILLÓ - SP429699
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DE SOUZA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RAFAEL DE SOUZA SILVA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2179649-22.2022.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante (e-STJ fls. 104/106), sendo a prisão convertida em preventiva (e-STJ fls. 107/109), pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, ante a apreensão duas porções de maconha, com peso aproximado de 3g (três gramas), e dez porções de cocaína, pesando aproximadamente de 4g (quatro gramas) – e-STJ fl. 77.

Impetrado *habeas corpus* com pedido liminar na origem, o pleito emergencial foi indeferido (e-STJ fls. 136/138).

Neste *writ*, a defesa aponta constrangimento ilegal decorrente da custódia.

Alega que não se encontram presentes os requisitos autorizadores da prisão, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Pontua a pequena quantidade de droga apreendida e assere que se mostra suficiente a aplicação de outras medidas cautelares, nos termos do art. 319 do citado diploma processual.

Destaca, ainda, as condições pessoais favoráveis do acusado.

Ressalta, assim, ser o caso de superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva mediante a aplicação de medidas alternativas (e-STJ fls. 3/20).

O pedido liminar foi deferido, a fim de que o paciente pudesse aguardar em liberdade o julgamento do mérito deste *habeas corpus* se por outro motivo não estivesse preso (e-STJ fls. 148/152).

Informações prestadas (e-STJ fls. 157/160 e 163/193).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 195/197).

É o relatório.

Decido.

Reforço que 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, a flagrante ilegalidade está demonstrada, haja vista a ausência de fundamentação válida do decreto prisional, situação essa 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 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 n. 334.809/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016.)

O ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra.

Desse modo, a prisão 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.

Considerando-se, ainda, que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, bem como que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI, e art. 93, inciso IX, respectivamente), há de exigir que o decreto de prisão preventiva venha sempre concretamente motivado, não fundado em meras conjecturas.

Demonstrada a gravidade concreta do crime praticado, revelada, na maioria das vezes, pelos meios de execução empregados, ou a contumácia delitiva do agente, a jurisprudência desta Casa autoriza a decretação ou a manutenção da segregação cautelar, dada a afronta às regras elementares de bom convívio social.

Na apreciação das justificativas da custódia cautelar, *"o mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para a decretação ou a manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Assim, se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam periculosidade, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão para resguardar a ordem pública"* (STF, HC n. 105.585/SP, relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 7/8/2012, DJe de 21/8/2012).

No caso, estes foram os fundamentos invocados para a conversão da prisão em flagrante em preventiva (e-STJ fls. 107/108):

O auto de prisão em flagrante encontra-se formalmente em ordem, não sendo caso de relaxamento da prisão em flagrante (art. 310, I, CPP), pois presentes indícios suficientes de autoria e materialidade quanto a prática em tese do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06. No mais, com relação à tese Defensiva da posse de drogas para consumo próprio, entendo que a questão deverá ser melhor apurada na fase de instrução criminal. O caso é de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O laudo de constatação indica que as substâncias apreendidas, descritas no auto de exibição e apreensão, são entorpecentes (Portaria n.º 344/1998, SVS/MS), do que decorre a materialidade do delito de tráfico de drogas (art. 33, Lei n.º 11.343/06), para o qual se prevê pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Os indícios de autoria decorrem das circunstâncias descritas no auto de prisão em flagrante, que apontam para o envolvimento dos custodiados na atividade de comercialização dessas

substâncias entorpecentes, havendo informações dos policiais militares que realizaram a abordagem acerca da existência de prévio trabalho investigativo indicando a comunhão de esforços dos custodiados na prática do delito em questão. Destaque-se que o custodiado Jeferson é reincidente específico no crime de tráfico de drogas, consoante demonstra a certidão de antecedentes criminais acostada às fls. 68/70, o que autoriza a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 313, II do CPP). No tocante ao autuado Rafael, em que pese ser primário, a quantidade de droga apreendida, duas porções de maconha e dez porções de cocaína, e a situação fática que ensejou a prisão obstam, ao menos nessa fase, o reconhecimento da figura privilegiada, afastando a aplicação da decisão exarada pelo E. Superior Tribunal de Justiça no HC coletivo nº 596.603. A prisão cautelar ainda se revela necessária à garantia da ordem pública, tratando-se, ao menos por ora, do meio adequado a impedir a reiteração criminosa (art. 282, § 6º do CPP). As medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) revelam-se insuficientes. Os elementos de convicção contidos nos autos não revelam a incidência das excludentes de ilicitude previstas no art. 23, incisos I, II e III, do Código Penal (art. 310, parágrafo único, e 314, do Código de Processo Penal). Não é caso de aplicação de medidas diversas da prisão, preconizadas na Recomendação CNJ 62/2020. Isso porque, além de presentes os pressupostos e requisitos da prisão cautelar, imprescindível demonstração inequívoca de que o preso se encontra no grupo de vulneráveis, com impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional, ausentes na hipótese. Posto isto, com fundamento nos arts. 310, II, 312, 313, I, e 315, do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de RAFAEL DE SOUZA SILVA e JEFERSON CRISTIAN FILIAGI em PRISÃO PREVENTIVA.

Vê-se que carece de fundamentação concreta, pois não indicada a presença dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal. Insta consignar que, de acordo com a jurisprudência firmada nesta Corte, a menção à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, como na hipótese, não justifica a imposição da prisão provisória.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO. PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade. Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação em casos que tais.

2. A menção do magistrado, pura e simples, a conjecturas a respeito da gravidade abstrata do crime, sem a incidência de nenhum elemento concreto, não é suficiente para decretar a prisão preventiva do acusado. Se assim fosse, a prisão provisória passaria a ter caráter de prisão obrigatória.

3. Habeas corpus concedido para revogar a prisão preventiva do paciente, garantindo-lhe o direito de aguardar em liberdade o julgamento da ação penal objeto destes autos, se por outro motivo não estiver preso, e ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão, caso se

apresente motivo concreto para tanto. (HC n. 362.072/MG, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 16/2/2017, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. [...]. 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, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2016, DJe 28/4/2016, grifei.)

A mais disso, a quantidade de drogas apreendidas – 3g (três gramas) de maconha e 4g (quatro gramas) de cocaína –, por sua vez, não denota, por si só, a periculosidade do acusado, porquanto não pode ser qualificada como significativa.

Dessa forma, em cognição horizontal e não exauriente, vislumbro ilegalidade no decreto construtivo, uma vez que desprovido de fundamentação concreta acerca dos elementos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **ratifico a liminar e concedo a ordem** para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, bem como de que sejam impostas as medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo local, caso demonstrada sua necessidade.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de outubro de 2022.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator