

HABEAS CORPUS Nº 509.092 - SP (2019/0128985-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : OSWALDO JOSE DA SILVA JUNIOR E OUTRO
ADVOGADOS : OSWALDO JOSÉ DA SILVA JUNIOR - SP274166
LIDIANA LOPES DA SILVA DE CARLIS - SP378807
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NATALIA PEDRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de NATÁLIA PEDRO contra decisão por meio da qual Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indeferiu a medida de urgência pleiteada naquela instância, mantendo a sua prisão preventiva, nos autos de n. 2097272-96.2019.8.26.0000 (e-STJ fls. 51/54).

A defesa alegou, em síntese, que a segregação cautelar é ilegítima, ante a ausência de fundamentação idônea. Afirmou que não se apontaram indícios válidos e suficientes quanto ao *periculum libertatis*, principalmente em vista da quantidade ínfima de drogas ilícitas que estariam sendo transportadas (39 gramas de maconha) e das condições amplamente favoráveis da paciente, que é ré primária, sem antecedentes criminais, com ocupação lícita e endereço certo. Ponderou, por fim, que a impossibilidade de novo cadastro para visita a pessoas presas, por si só, já é suficiente para impedir que repita a conduta que lhe é imputada.

Em liminar e no mérito, pediu o relaxamento da prisão preventiva.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 62/68).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 85):

PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus substitutivo de RHC. Inadmissão. Prisão preventiva. Crime do art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei de Entorpecentes. Pequena quantidade e reduzida nocividade da droga que, aliadas às

condições pessoais favoráveis da paciente, prevalecem sobre a tentativa de ingresso em estabelecimento prisional portando essa droga e dispensam a segregação cautelar. Suficiência das cautelares alternativas. Presença de constrangimento ilegal. Inadmissão do writ e concessão de uma ordem de habeas corpus ex officio.

É o relatório. **Passo a decidir.**

Conforme registrado na decisão liminar, a excepcionalidade do caso exposto nestes autos justificou a superação do entendimento consolidado na Súmula n. 691 do STF, segundo a qual, em regra, não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere medida liminar na instância de origem.

Inferre-se que a paciente teria sido flagrada tentando levar drogas ilícitas para o seu amásio, detento. São esses, em resumo, tanto os indícios de autoria e de materialidade quanto os indícios de imprescindibilidade da segregação cautelar identificados pelo decreto de prisão preventiva (e-STJ fl. 43):

Flagrante formalmente em ordem. Analisando minuciosamente os fatos descritos no auto de prisão em flagrante não há como se cogitar, por ora, em liberdade provisória, prisão domiciliar ou imposição de medidas cautelares porque se verifica que a infração aqui tratada, cuja autoria é atribuída a indiciada NATALIA PEDRO, envolve a prática de tráfico de drogas, delito doloso, grave e inafiançável (artigo 323, inciso II, do Código de Processo Penal), cuja pena privativa de liberdade máxima cominada à infração excede a quatro anos. A incriminação da indiciada foi caracterizada porque ela esteve como visitante na penitenciária local e, ao passar pelo aparelho de scanner, foi observado um objeto estranho em seu corpo. Encaminhada à sala de revista, no forro da calcinha que a indiciada usava foi localizada uma porção de maconha, droga que ela confessou que estava levando para o seu amásio, o qual cumpre pena naquele estabelecimento prisional. Tem-se caracterizada a necessidade da prisão cautelar (para manutenção da ordem pública e conveniência da instrução) e superados os requisitos próprios para concessão da liberdade provisória, daí porque inviável deferi-la. Posto isso, em vista da necessidade da manutenção da ordem pública, com fundamento no artigo 312, caput, e artigo 313, incisos I e II, ambos do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de NATALIA PEDRO EM PREVENTIVA e assim

o faço nos termos do artigo 310, inciso II, do mesmo códex.

EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO, ENCAMINHANDO-O AO PRESÍDIO ONDE SE ENCONTRA RECOLHIDA A INDICIADA A FIM DE CONVERTER A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA.

Ocorre que, desse excerto, não se extraem elementos concretos a demonstrar a imprescindibilidade da prisão preventiva, tampouco se percebe que o paciente esteja a evidenciar notável risco à ordem pública ou à aplicação da lei penal.

Na esteira de incontáveis precedentes desta Corte, a prisão cautelar é invariavelmente excepcional, subordinando-se à demonstração de sua criteriosa imprescindibilidade, à luz dos fatos concretos da causa, e não em relação à percepção do julgador a respeito da gravidade abstrata do tipo penal. Desse modo, o cometimento do delito, por si só, não evidencia "periculosidade" exacerbada do agente ou "abalo da ordem pública", a demandar a sua segregação antes de qualquer condenação definitiva. Nessa linha de entendimento:

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.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A prisão preventiva do paciente foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade do entorpecente apreendido - 6 (seis) pinos de cocaína - pode ser considerada relevante a ponto de autorizar o decreto preventivo.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau. (HC 351.553/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. DECISÃO GENÉRICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, 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. O Juiz de primeiro grau apontou genericamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do CPP e decretou a prisão preventiva com base em expressões genéricas e lacônicas - tais como "tratando-se de crime equiparado à hediondo", "de alta lesividade à ordem pública", "de repercussão negativa para a sociedade" -, que servem para todos os casos de prisão por tráfico de drogas e, portanto, para nenhum.

3. Ordem concedida para confirmar os efeitos da liminar e revogar a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente. (HC 311.242/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 7/5/2015).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL A QUO COMPLEMENTAR A MOTIVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER ACOLHIDO.

1. A decretação da prisão preventiva exige fundamentação idônea, contextualizada em dados concretos, individuais e identificáveis nos autos do processo, não servindo de motivação a mera referência ao caráter hediondo da conduta.

2. Não cabe ao Tribunal, ao confirmar em habeas corpus os argumentos da frágil decisão primeva, trazer nova fundamentação, não aventada pelo decisum que decretou a custódia cautelar.

3. *No caso, tanto a decisão que decretou a prisão preventiva como a que a manteve em primeira instância são genéricas. Nelas, não há nenhuma referência ao acontecimento levado ao conhecimento da Justiça por meio do auto de prisão em flagrante, muito menos alusão às condições pessoais do agente, tampouco menção a eventual peculiaridade que pudesse revelar a periculosidade real do flagrado ou a gravidade concreta do delito.*

4. *Recurso em habeas corpus provido, a fim de revogar a prisão preventiva do ora recorrente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma ou mais medidas cautelares implementadas pela Lei n. 12.403/2011, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. (RHC 67.597/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 3/3/2016, DJe 14/3/2016).*

Merece atenção, ademais, que nestes autos se examina apreensão, com a paciente, de quantidade reduzida de entorpecente ilícito, sem que o juízo da primeira instância tenha sequer consignado a expressão objetiva dessa quantidade, em gramas.

A respeito disso, colhem-se diversos julgados recentes, de ambas as turmas especializadas em direito penal, dos quais se depreende a imperatividade de aferição exata da massa, tendo em vista que determinadas quantidades de drogas ilícitas, ainda que não possam ser consideradas insignificantes, não autorizam, isoladamente, a conclusão de que o réu apresente *periculum libertatis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. *É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.*

2. *Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do quantum da pena em abstrato, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.*

3. *Condições subjetivas favoráveis, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que o acusado foi flagrado na posse de **47g de cocaína e 38,98g de maconha**. Precedentes.*

4. *Recurso provido para determinar a soltura do recorrente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.*

(RHC 81.456/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PREVENTIVO. CONFIGURAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS NÃO ELEVADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.*

2. *As prisões cautelares materializam-se como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso concreto deve vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático-probatório apreciado, sendo inadmissível sem a existência de razão sólida e individualizada a motivá-la, especialmente com a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, em que a prisão deve ser*

empregada como última medida para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

3. Na hipótese, além de a quantidade da droga apreendida não ser elevada, o Tribunal de origem deixou de demonstrar a presença dos requisitos autorizadores da preventiva, insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal, configurando indevido constrangimento ilegal.

4. As condições pessoais favoráveis do agente, no caso, indicam a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os fins acautelatórios pretendidos.

5. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva dos pacientes, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

(HC 417.514/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 01/02/2018)

[Quantidade de droga apreendida: 34 gramas de maconha e 42 gramas de cocaína].

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.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

*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)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

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 prisão (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Ao converter o flagrante em prisão preventiva, a Juíza de primeiro grau limitou-se a afirmar, genericamente, que "o delito imputado aos flagrados - tráfico de drogas - é grave, doloso e punido com pena privativa de liberdade superior a quatro anos" e que "tal realidade já desautoriza [...] a fixação de fiança ou qualquer das medidas cautelares previstas na atual redação do CPP, já que inadequadas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato". Na sequência, acrescentou que "o delito de tráfico de drogas é de extrema gravidade, na medida em que acarreta a desagregação da família, além de fomentar a prática de outros delitos". Deixou, no entanto, de apontar elementos concretos que, efetivamente, evidenciassem poder a paciente, solta, colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

3. Ordem concedida para, confirmada a liminar, cassar a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente, ressalvada a possibilidade de ser editada nova decisão, em termos que demonstrem a análise fundamentada da cautelaridade justificadora da manutenção do cárcere preventivo, e de serem fixadas medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319, c/c o art. 282 do Código de Processo Penal, mediante fundamentação idônea. Extensão, de ofício, dos efeitos deste acórdão ao corréu Murilo Fraga da Costa.

(HC 423.566/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ,

SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 15/12/2017)

[Quantidade de droga apreendida: 54 gramas de cocaína].

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. PARECER DO PARQUET FAVORÁVEL. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS.

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, a fundamentação apresentada é insuficiente para a imposição da prisão cautelar ao paciente, pois, embora demonstrado o periculum libertatis, extrai-se dos autos que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis, bem como não teve participação preponderante na prática delitiva, devendo-se destacar que a quantidade de droga apreendida - **114g (cento e catorze gramas) de maconha e 0,75g (setenta e cinco centigramas) de cocaína** - justifica, tão somente, a imposição de medidas cautelares alternativas, revelando-se a prisão, in casu, medida desproporcional.*

3. Na mesma linha a manifestação do em. Subprocurador-Geral da República, para quem "o Juízo de piso não apontou qualquer dado concreto extraído dos autos a justificar a indispensabilidade da segregação cautelar, restringindo-se, apenas, a dizer, de forma genérica, que o crime é grave, que a paciente não reside na Comarca e que pode ela e os demais corréus intimidarem testemunhas" (e-STJ fl. 108).

4. Da mesma forma, esta Sexta Turma concedeu a ordem ao analisar o mesmo decreto de prisão preventiva no bojo do HC 365.366/RS, de minha relatoria, manejado por corréu.

5. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva da paciente, se por outro motivo não estiver presa, e determinar ao Juízo de origem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão adequadas à hipótese, com base no art. 319 do Código de Processo Penal.

(HC 403.857/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

De todo modo, o laudo de constatação trazido à e-STJ fl. 24

registra que a apreensão envolveu 39 gramas da substância ilícita, quantidade que, seguindo os parâmetros dos acórdãos acima transcritos, não pode ser considerada significativa a ponto de justificar, por si só, a segregação cautelar.

Ante o exposto, na esteira do parecer ministerial e confirmando a decisão liminar, **concedo a ordem** para relaxar a prisão preventiva, se a paciente não estiver presa por outro motivo, sob a eventual imposição de medidas cautelares diversas da prisão que o juízo de primeiro grau considerar imprescindíveis.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal e ao Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator