

**HABEAS CORPUS Nº 562.309 - SP (2020/0039515-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : ITAMAR REIS DUARTE  
**ADVOGADO** : ITAMAR REIS DUARTE - SP379963  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WESLEY DOMINGOS DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WESLEY DOMINGOS DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 0000554-37.2020.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, posteriormente convertida essa custódia em prisão preventiva, em razão da suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

**Isso porque, segundo consta, o paciente, agindo em concurso com um adolescente, trazia consigo, para fins de tráfico, 33,9g (trinta e três gramas e nove decigramas) de cocaína, distribuídos em 98 invólucros, e 23,9g (vinte e três gramas e nove decigramas) de cocaína na forma de *crack*, distribuídos em 121 invólucros (e-STJ fls. 16/19).**

Irresignada, a defesa impetrou prévio *writ* no Tribunal de origem buscando a revogação da prisão preventiva do ora paciente. A ordem, contudo, foi denegada (e-STJ fls. 16/19).

No presente *writ*, reitera o impetrante as razões lançadas no *habeas corpus* originário, sustentando, em síntese, que inexistente fundamentação idônea da decisão que decretou a prisão preventiva, que o paciente possuiria circunstâncias pessoais favoráveis e que há possibilidade de fixação de medidas cautelares diversas da prisão.

Requer, inclusive liminarmente, a concessão da ordem para permitir que o paciente aguardar em liberdade todas as fases da persecução penal.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 22/24).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se

pela não admissão da ordem e pela sua concessão de ofício, nos termos do parecer assim ementado (e-STJ fl. 84):

*PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus substitutivo de ROC. Inadmissão. Prisão preventiva. Tráfico de entorpecentes. Natureza e variedade da droga que, confrontadas com a reduzida quantidade e as condições pessoais do paciente, são insuficientes para justificar a preventiva. Cabimento das cautelares alternativas do art. 319 do CPP. Presença de constrangimento ilegal. Não admissão do writ, com a concessão de uma ordem de habeas corpus ex officio.*

É, em síntese, o relatório.

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.

Confira-se o que consta da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva (obtida nos autos do HC n. 559.752/SP):

*Em cognição sumária, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se, num primeiro exame, que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria e do dolo do agente. Consta do Boletim de Ocorrência que Policiais Militares, durante patrulhamento de rotina, no local dos fatos, se depararam com o autuado que corria para um beco, juntamente com o adolescente [K], efetuando a abordagem. Em revista pessoal lograram localizar com [K] 64 eppendorfs de cocaína, e a quantia de R\$396,00, com wesley a importância de R\$109,00 e 155 eppendorfs de cocaína. Indagado pela autoridade policial, Wesley permaneceu em silêncio. Nota de culpa e folha de antecedentes foram juntados aos autos. Quanto aos pressupostos da custódia cautelar, tenho que a materialidade delitiva está demonstrada pelos laudos de constatação provisória, que restaram positivos para cocaína. Ademais, a quantidade e acondicionamento da droga, presença de dinheiro e circunstâncias do flagrante revelam destinação a terceiros e não ao consumo próprio. No que toca aos indícios de autoria, neste juízo de cognição sumária, entendo*

*evidenciados pela segura informação dos milicianos que prenderam o investigado em flagrante delito. Quanto às hipóteses ensejadoras da prisão de exceção, no caso em análise, tenho que presente está ao menos uma delas, qual seja, a necessidade de se garantir a ordem pública. Por ora, não há demonstração de que o investigado exerça trabalho lícito, de sorte que é possível afirmar que, se solto, voltará a delinquir e a se seduzir pelos fáceis lucros que advém deste nefasto negócio de compra e venda de entorpecentes. Por fim, na falta de prova cabal de vínculo com distrito da culpa e havendo possibilidade de indesejada incidência do art. 366, CPP, a prisão é necessária para resguardar a persecução e aplicação da lei penal. Além da gravidade do delito, especulação sobre aplicação do redutor não exclui a possibilidade de imposição de privação de liberdade e até mesmo regime fechado. Neste sentido, as medidas cautelares alternativas não são suficientes e a prisão é necessária e possível, diante da pena cominada. Ante o exposto, com fundamento nos artigos 282, II, e seu parágrafo 6º, 310, II e 313, I, todos do CPP, INDEFIRO o pedido da defesa CONVERTO a prisão em flagrante de WESLEY DOMINGOS DA SILVA, qualificado nos autos, em PREVENTIVA, (Grifei.)*

Como se vê, o decreto de prisão está devidamente motivado, pois destacou o Juízo de piso a periculosidade do paciente e a participação de adolescente na empreitada delitiva.

Todavia, entendo suficiente, para os fins acautelatórios pretendidos, a imposição de medidas outras que não a prisão.

Como é cediço, a custódia cautelar é providência extrema que, como tal, somente deve ser ordenada em caráter excepcional, conforme disciplina expressamente o art. 282, § 6º, do Diploma Processual Penal, segundo o qual "*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*".

Nos dizeres de Aury Lopes Jr., "*a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. [...] As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado*" (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86).

Em outras palavras, embora o édito prisional indique a necessidade da prisão cautelar, valendo-se sobretudo da menção à participação de adolescente na empreitada delitiva, a imposição das medidas cautelares revela-se mais adequada e proporcional ao caso. Isso porque, de outro lado, a quantidade de droga apreendida (**33g – trinta e três gramas – de cocaína e 23g – vinte e três gramas de crack**) não é indicativa, por si só, da periculosidade do agente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo, mormente se considerado que o suposto crime não foi cometido mediante emprego de violência ou grave ameaça.

A propósito, os seguintes julgados desta Sexta Turma:

*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETO DEVIDAMENTE MOTIVADO. REINCIDÊNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROPORCIONALIDADE, SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO QUE SE IMPÕE.*

*1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, 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. 2. Na espécie, o decreto de prisão está devidamente motivado, pois destacou o Juízo de piso o fato de ser a paciente reincidente específica.*

*3. Todavia, a custódia cautelar é providência extrema que, como tal, somente deve ser ordenada em caráter excepcional, conforme disciplina expressamente o art. 282, § 6º, do Diploma Processual Penal, segundo o qual "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".*

*4. Embora o édito prisional indique a necessidade da prisão cautelar, a imposição das medidas cautelares revela-se mais adequada e proporcional ao caso. Isso porque a quantidade de droga apreendida (4,34g de crack, 0,81g de cocaína e 15,25g de maconha) não é indicativa, por si só, da periculosidade da paciente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo.*

*5. Ordem parcialmente concedida a fim de substituir a custódia preventiva da paciente por medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser fixadas pelo Juízo de primeiro grau.*

(HC 469.324/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 21/03/2019)

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DE RELATOR QUE INDEFERIU LIMINAR NA ORIGEM. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DO MÉRITO NA CORTE LOCAL. ORDEM DENEGADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE PORTE DA DROGA PARA USO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA. PEQUENA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

[...]

*4. As instâncias ordinárias adotaram a suposta reincidência como fundamento para decretação da prisão preventiva, apesar de não haver maiores especificações quanto à ação penal ensejadora da reiteração delitiva. Conquanto o argumento adotado demonstre a possibilidade de que, solto, volte o acusado a delinquir, há outras medidas, com igual eficácia e adequação, aptas a afastar o periculum libertatis. O delito supostamente praticado não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, não há indicativos de que seja o paciente danoso ao convívio social ou tenha comportamento violento, além de ser pequena a quantidade de drogas apreendida em seu poder (12 g de cocaína). Precedente.*

*5. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de aguardar solto o julgamento da ação penal, mediante o cumprimento da determinação de comparecimento a todos os atos processuais e das demais cautelas a serem aplicadas pelo Juiz do processo. Fica assegurada ao Juízo singular a decretação de nova custódia em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das cautelares ou de superveniência de motivos novos e concretos para tanto.*

(HC 472.956/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 07/03/2019)

Essas considerações analisadas em conjunto levam-me a crer ser desproporcional a imposição da prisão preventiva, revelando-se mais adequada a imposição de medidas cautelares alternativas, em observância à regra de progressividade das restrições pessoais, disposta no art. 282, §§ 4º e 6º, do Código de Processo Penal, ao determinar, **expressa e cumulativamente**, que **apenas em último caso** será decretada a custódia preventiva e ainda quando não for cabível sua substituição por outra cautelar menos gravosa.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público Federal, de cujo

parecer transcrevo excerto, *in verbis* (e-STJ fls. 86/87):

*Registre-se que não se está aqui a defender que a conduta imputada ao paciente é penalmente irrelevante já que, pelos elementos colhidos até o momento, tudo indica que a destinação da droga era mesmo a comercialização. O que se busca é pôr em perspectiva os fatos e o tratamento que lhes deve ser dado. Nesse sentido, é importante destacar que, caso seja condenado na ação penal em que é réu, é possível ou provável que ao paciente seja imposta pena em regime semiaberto ou mesmo aberto, caso se reconheça a figura do tráfico privilegiado (artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006).*

*Não bastasse isso, cabe registrar que, ainda que não se possa reconhecer como menos nociva a natureza das drogas apreendidas em poder do paciente – cocaína e crack –, aliada ao concurso de adolescente na prática do crime, não nos parece justo pôr o presente caso no mesmo patamar de situações em que indivíduos são flagrados com quantidades bem mais significativas de entorpecentes, e de natureza variada, os quais, sem dúvida, indicam imediatamente se tratar de pessoas fortemente dedicadas ao tráfico.*

*Ora, na espécie, a quantidade da droga apreendida com o ora paciente foi de 33,9g de cocaína e 23,9g de crack, quantias reduzidas, o que evidencia a necessidade de que esse fator seja sopesado com a variedade e natureza, atendendo-se ao critério da proporcionalidade, tal inclusive como bem ressaltado na decisão que deferiu a liminar.*

*Ademais, cumpre reiterar que o paciente conta com todas as condições subjetivas favoráveis, não havendo registro criminal anterior, seja ação penal, seja investigação em sede policial.*

*Sob todos esses ângulos, portanto, vemos que se afigura desproporcional a manutenção da preventiva no caso em tela, recomendando-se, assim, a imposição de medidas cautelares alternativas entre aquelas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.*

Na espécie, insta salientar que o Magistrado que conduz o feito em primeiro grau, por estar próximo aos fatos, possui maiores condições de decidir quais medidas são adequadas ao paciente.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para, confirmada a liminar e acolhido o parecer ministerial, substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal a serem definidas pelo Juízo local.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator