

**HABEAS CORPUS Nº 548.463 - SP (2019/0356415-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : FERNANDO JOSE COSTA JANUNCIO  
**ADVOGADO** : FERNANDO JOSÉ COSTA JANUNCIO - SP231033  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : PAULO HENRIQUE DA SILVA JUSTINO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PAULO HENRIQUE DA SILVA JUSTINO no qual se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Depreende-se dos autos que o paciente encontra-se preso preventivamente e foi denunciado pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

Narram os autos que o paciente, "*agindo em concurso com um adolescente, trazia, para fins de tráfico, 30 porções de cocaína, com peso de 3,36g [três gramas e trinta e seis centigramas]*" – e-STJ fl. 43.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 30):

*Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva - Possibilidade - Presença dos requisitos autorizadores para a decretação da segregação cautelar (fumus comissi delicti e periculum libertatis), de acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal. Constrangimento ilegal não verificado. Ordem denegada.*

A presente impetração funda-se na falta de fundamentação idônea para a decretação da segregação cautelar.

Diante disso, pleiteia a defesa, em tema liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 36/37).

Prestadas as informações.

O Ministério Público manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 70/75).

Na origem, autos n. 1501085.63.2019.8.26.0621, constata-se que a audiência de instrução e julgamento foi designada para 16/4/2020.

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 expresse 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, são estes os fundamentos invocados para a decretação da prisão preventiva, *in verbis* (e-STJ fls. 21/22):

*Em cognição sumária, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, bem como da finalidade da traficância. Conforme o boletim de ocorrência, o custodiado foi flagrado quando entregava a um adolescente cerca de 30 pinos de cocaína. A quantidade de entorpecentes e sua forma de acondicionamento denotam a traficância. Outrossim, o fato envolveu adolescente, a tornar mais reprovável a conduta, e consta do boletim de ocorrência que o averiguado é conhecido dos meios policiais, a indiciar que ele tem feito do crime meio de vida. IV. A Lei 12.403/11, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, estipulou que as medidas cautelares penais serão aplicadas com a observância da necessidade de aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou instrução penal e para evitar a prática de infrações, devendo a medida em questão, ainda, ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do averiguado (art. 282 do CPP). A prisão preventiva será determinada quando as outras medidas cautelares alternativas à prisão não forem cabíveis, ou melhor, mostrarem-se insuficientes ou inadequadas para o caso concreto (art. 282, § 6º, do CPP). No caso, verifica-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo insuficiente a fixação de medidas cautelares alternativas. Trata-se, em tese, de delito doloso cuja pena máxima supera os quatro anos e há provas da*

*materialidade e indícios da autoria. Além disso, a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal. Consigne-se que o tráfico de drogas é delito equiparado ao hediondo e cujo tratamento exige maior rigor. O crime de tráfico de drogas é grave e vem causando temor à população obreira, em razão de estar relacionado ao aumento da violência e criminalidade, estando, muitas vezes, ligado ao crime organizado. Além disso, é fonte de desestabilização das relações familiares e sociais, gerando, ainda, grande problema de ordem de saúde pública em razão do crescente número de dependentes químicos. V. Ante o exposto, considerando a gravidade em concreto dos fatos delituosos, as circunstâncias fáticas do caso e as condições pessoais desfavoráveis do averiguado, com base nos artigos 282, § 6º, e art. 310, II, do CPP, CONVERTO em PREVENTIVA a prisão em flagrante, expedindo-se o competente mandado. (Grifo no original.)*

Ao examinar os fundamentos declinados no *decisum* acima transcrito, constato, na linha da manifestação do *Parquet*, a 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. 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.)

**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, a quantidade não exacerbada de droga apreendida – 3,36g (três gramas e trinta e seis centigramas) de cocaína – não é suficiente para demonstrar a periculosidade do paciente ou a gravidade concreta da conduta, mormente se consideradas as circunstâncias pessoais favoráveis do agente.

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).

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 determinar que PAULO HENRIQUE DA SILVA JUSTINO responda solto ao processo (Ação Penal n. 1501085.63.2019.8.26.0621, da Vara Criminal de Cruzeiro/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.

Comunique-se. Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator