



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 795032 - SP (2022/0407374-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : ANTONIO DAVI DE LARA
ADVOGADO : ANTONIO DAVI DE LARA - SP191524
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE SANTANA MIRANDA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de KAIQUE SANTANA MIRANDA em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (HC n. 2292785-94.2022.8.26.0000).

O paciente foi preso em flagrante por suposto tráfico de drogas - 10g (dez gramas) de *crack*, 8,10g (oito gramas e dez centigramas) de cocaína e 3,8g (três gramas e oito decigramas) de maconha -, sendo a custódia convertida em preventiva.

Pretende-se, em suma, a concessão de liberdade provisória ao paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo magistrado.

O pedido liminar foi indeferido.

Ouvido, o Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do remédio constitucional.

É o relatório.

Decido.

Há sempre de conter efetiva e concreta fundamentação o ato judicial que decreta a prisão, tais as disposições do nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, antes do trânsito em julgado da condenação, a prisão somente é cabível quando demonstrado o *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.

Ora, considerando-se 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 se exigir que o decreto de prisão preventiva venha sempre concretamente motivado, não fundado em meras conjecturas.

A propósito do tema, a jurisprudência desta Casa, embora ainda um pouco oscilante, optou pelo entendimento de que o risco à ordem pública se constataria, em regra, pela reiteração delituosa ou pela gravidade concreta do fato.

Nesse tear, parece-me importante lembrar que *"o juízo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao réu, a existência de indícios de autoria e materialidade do crime, a credibilidade do Poder Judiciário, bem como a intranquilidade social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para a garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fato concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa"* (HC n. 48.381/MG, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 1º/8/2006, p. 470).

Assim, 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.

Além disso, 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, relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 7/8/2012, DJe de 21/8/2012).

À vista desse raciocínio e dos vetores interpretativos estabelecidos, passo à análise da legalidade da medida excepcional.

A prisão preventiva do paciente foi decretada nos termos seguintes (e-STJ fls. 60/63):

Vistos. Imputa-se ao atuado a prática do crime previsto nos artigos 33, "caput" da Lei 11.343/06 c está presente hipótese de flagrante delito, uma vez que a situação fática encontra-se subsumida às regras previstas pelo art. 302 do CPP, apresentando-se o correspondente Auto de Prisão regular e formalmente em ordem, não existindo nulidades, ilegalidades ou

irregularidades aptas a justificar o relaxamento. No mais, a situação impõe o acolhimento do pleito deduzido pelo ilustre Promotor de Justiça, com a segregação cautelar do autuado, sendo descabido, pois, o benefício da liberdade provisória. Vejamos. Conforme narrado, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido no feito de n. 1505317-45.2022, foi realizada a busca na residência do preso, que resistiu à diligência, havendo os policiais utilizado a força para cumprimento das ordens. Na busca foram encontrados os entorpecentes narrados na peça de auto de exibição e apreensão. Foram encontradas sobre a cômoda do autuado bem como na parte superior do guarda roupas as seguintes quantidade: Crack (10 gamas - em pedras), Cocaína (8,10 gramas - em porções) e Maconha (3,8 gramas). Havia relatos anônimos de tráfico no local. Foi identificado que a residência do investigado há monitoramento com câmeras, do que se indica uma estrutura organizada para a realização da traficância. Pois bem. Nesse contexto, presentes se acham, nesse momento de cognição sumária, indícios de autoria e materialidade de crime equiparado a hediondo, sendo inviável a concessão de liberdade provisória. De fato, o crime imputado é grave e deve ser combatido, impedindo com isso o uso de tóxicos, tão prejudicial a saúde e causador de intranquilidade no seio social, exigindo das autoridades constituídas uma resposta firme, sob pena de descrédito na população. Vale lembrar que o tráfico envolve pessoas que disseminam um vício nefasto, movidas pela cobiça e pelo enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, delito que fomenta a maior parte dos delitos patrimoniais, notadamente os mais graves, o que impõe a necessidade de garantir a ordem pública local. Não se olvide que a decretação ou a manutenção de tal prisão decorre não de um juízo de certeza, mas de mero risco, ou seja, vislumbrando a probabilidade de dano à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, não há se falar em prisão arbitrária, abusiva ou ilegal, mas legítima. Outrossim, é vasto o entendimento de que a prisão processual não afronta o princípio de presunção de inocência e de que não se deve conceder o benefício da liberdade provisória somente pelos predicados pessoais do autuado. Somado a isso, as circunstâncias que permeiam o seu envolvimento no presente delito, especialmente a quantidade de entorpecentes (Crack (10 gramas - em pedras), Cocaína (8,10 gramas - em porções) e Maconha (3,8 gramas), indicam que dedica-se à atividade criminosa, o que, em tese, afasta a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº11.343/06 (Tráfico Privilegiado), que assim prevê: "§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § I deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Outrossim, é vasto o entendimento de que a prisão processual não afronta o princípio de presunção de inocência e de que não se deve conceder o benefício da liberdade provisória somente pelos predicados pessoais do autuado. Nesse sentido:

[...]

Portanto, apesar da excepcionalidade, mas diante do contexto dos autos, e inexistindo motivos para desconsiderar a versão apresentada pelos milicianos, que, como agentes públicos, gozam de fé pública, para garantia da ordem pública, conveniência da futura instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, somado ao perigo que implica à sociedade a liberdade do autuado, é de ser mantida, ao menos por ora, a prisão provisória, bem como não se afigura recomendável a sua substituição por medida cautelar diversa, não se falando, ainda, por absoluta ausência de amparo legal, em prisão domiciliar (art. 318 do CPP).

Como se vê, o decreto de prisão está devidamente motivado, pois destacaram as instâncias de origem o risco de reiteração delitiva, revelado pelo fato de o paciente ser reincidente em crimes patrimoniais.

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

Corroborando tal entendimento, destaco os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

2. A seu turno, a prisão preventiva somente se sustenta quando, presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

3. O Magistrado de origem embasou sua decisão em elementos concretos e idôneos - apreensão de "elevada quantidade e variedade de entorpecente, além de dinheiro trocado" -, porém não demonstrou, satisfatoriamente, a insuficiência de outras medidas menos gravosas que a preventiva, mormente por se tratar de acusado primário.

4. Embora haja o réu sido surpreendido com substância entorpecente, a quantidade de droga não é relevante para denotar sua periculosidade exacerbada na traficância a ponto de justificar o emprego da cautela máxima. Assim, as circunstâncias apresentadas, por si só, não poderiam ensejar a imposição da prisão preventiva se outras medidas menos invasivas se mostram suficientes e idôneas aos fins cautelares, especialmente para o objetivo de evitar a prática de novas infrações penais (art. 282, I, CPP).

5. Ordem concedida para, confirmada a liminar deferida, substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, sem prejuízo de fixação de outras medidas que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa indicar cabíveis e adequadas, bem como de nova decretação da prisão preventiva se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade. (HC 449.277/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INEVIDÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PROPORCIONALIDADE, ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS.

1. Verificado que a inicial contém a individualização da conduta dos denunciados, a descrição dos fatos delituosos, a classificação do crime e o rol de testemunhas, de acordo com os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, assegurando-se aos réus o conhecimento da conduta criminosa imputada, constata-se viabilizado o perfeito exercício do direito de defesa, não podendo ser apontada como inepta a inicial acusatória.

2. A apreensão de 36,74 g de cocaína e de 5,49 g de crack, além de outros petrechos comumente utilizados para o comércio ilegal de drogas, embora sejam indicativos da necessidade de acautelamento da ordem pública, não se mostram como razões suficientes para embasar a custódia preventiva, notadamente porque apartados de outros elementos concretos justificadores

da adoção da medida extrema.

3. Aplicando-se, no caso, um juízo de proporcionalidade, mesmo diante da possibilidade de que venha o acusado a novamente praticar a mercancia ilícita, mostram-se razoáveis, à proteção do interesse social sob risco, a imposição de cautelas igualmente idôneas e com menor carga coativa sobre a liberdade de ir e vir do paciente, primário e menor de 21 anos. Precedente.

4. Ordem parcialmente concedida para substituir a prisão do paciente pelas cautelares previstas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da fixação de outras medidas que o Juízo singular indicar cabíveis e adequadas, bem como de nova decretação da prisão preventiva, se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade. (HC 445.122/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.)

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, a imposição das medidas cautelares revela-se mais adequada e proporcional ao caso. Isso, porque a quantidade de droga apreendida não é indicativa, por si só, da periculosidade do paciente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. 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.

2. Não obstante a concreta fundamentação apresentada pelo Juízo singular relativa à quantidade e à variedade das drogas, a prisão ante tempus não constitui o único instrumento adequado à particular gravidade da conduta delitiva em comento, de modo que as medidas cautelares diversas são suficientes para proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade

do réu.

3. *Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares elencadas no voto. (HC 379.308/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017.)*

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. 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.*

2. *Não obstante a concreta fundamentação apresentada pelo Juízo singular relativa à quantidade e à variedade das drogas, a prisão ante tempus não constitui o único instrumento adequado à particular gravidade da conduta delitiva em comento, de modo que as medidas cautelares diversas são suficientes para proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do réu.*

3. *Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares elencadas no voto. (HC 376.877/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 02/03/2017.)*

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE ILEGAL. SUPERVENIÊNCIA DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. TESE SUPERADA. FUNDAMENTOS. QUANTIDADE DE DROGA. DESPROPORCIONALIDADE. SUFICIÊNCIA DA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. *Eventual ilegalidade no flagrante fica superada com a conversão da prisão em preventiva, novo título judicial a embasar a custódia provisória do acusado. Precedente.*

2. *A prisão cautelar deve ser imposta somente como ultima ratio, sendo ilegal a sua decretação quando suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas.*

3. *Hipótese em que a medida extrema, não obstante a referência à quantidade de droga apreendida, apresenta-se desproporcional, considerando que foram 24 porções de maconha.*

4. *Ordem concedida, confirmando a liminar anteriormente deferida, para revogar a prisão preventiva do paciente, com a imposição de medidas cautelares alternativas, nos termos explicitados no voto do Relator. (HC 361.544/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 19/09/2016.)*

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETO DEVIDAMENTE MOTIVADO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRO PROCESSO POR TRÁFICO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA NÃO ELEVADA. PROPORCIONALIDADE, SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal e 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 risco de reiteração delitiva, em razão de o recorrente estar respondendo a outra ação pela prática de tráfico.

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, valendo-se sobretudo da menção ao risco de reiteração criminosa, as particularidades do caso demonstram a suficiência, a adequação e a proporcionalidade da fixação das medidas menos severas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Isso, porque não se está diante de elevada quantidade de droga apreendida, mas sim de aproximadamente 170g de maconha - quantidade da qual não se extrai, por si só, a periculosidade social do ora recorrente a ponto de justificar o encarceramento preventivo.

5. Recurso parcialmente provido, a fim de substituir a custódia preventiva do recorrente por medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser fixadas pelo Juízo de primeiro grau. (HC 377.398/PE, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 21/3/2017.)

À vista do exposto, **concedo a ordem a fim de substituir a custódia preventiva do paciente por medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser fixadas pelo Juízo de primeiro grau.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de março de 2023.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator