

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 159.731 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
PACTE.(S) : ALEXANDRE SANTOS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S) : LUIZ CARLOS MOTA JUNIOR
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 454.297 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: **Entorpecentes. Prisão em flagrante. Conversão em prisão preventiva. Inexistência de fundamentos concretos. Referência genérica à defesa social e à questão da impunidade. Razões desprovidas de idoneidade jurídica** para legitimar a utilização desse instituto de tutela cautelar penal, **que se reveste de caráter excepcional. Precedentes. Insuficiência, também, para tal finalidade, do mero reconhecimento da presença dos pressupostos** da prisão preventiva, **que não se confundem com os fundamentos** a ela pertinentes, os quais deverão ser concretamente indicados **para justificar a excepcionalidade** de decretar-se a privação cautelar da liberdade individual de alguém. **A questão da posse ou do porte de pequena quantidade de drogas na jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal. **Precedentes. Tratamento jurídico-penal da matéria no direito comparado: Portugal (Lei nº 30, de 29/11/2000, art. 2º, n. 2). Aparente configuração, na espécie, de pequena quantidade** da droga **apreendida** em poder do paciente (cocaína). **Medida liminar deferida.**

HC 159731 MC / SP

DECISÃO DO SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Esta decisão é por mim proferida **em razão** de a eminente Senhora Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal **achar-se no exercício interino** da Chefia do Poder Executivo da União, **nos termos** do art. 80 da Constituição da República, **e pelo fato** de registrar-se a ausência, *em território nacional*, do eminente Senhor Ministro Vice-Presidente desta Corte, **justificando-se**, *em consequência*, **a aplicação** da norma **inscrita** no art. 37, I, do RISTF.

2. **Trata-se** de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão que, **emanada** de eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça **em sede de outra** ação de “*habeas corpus*” (HC 454.297/SP), **indeferiu**, *liminarmente*, o “*writ*” lá ajuizado.

Busca-se, *nesta sede processual*, **seja assegurado** ao paciente **o direito de estar** em liberdade.

Sendo esse o contexto, **passo a apreciar a admissibilidade**, *na espécie*, **da presente** ação de “*habeas corpus*”. **E, ao fazê-lo**, **devo observar que ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal **firmaram** orientação *no sentido da incognoscibilidade* desse remédio constitucional, **quando impetrado, como no caso ora em análise**, contra decisão monocrática **proferida por Ministro** de Tribunal Superior da União (HC 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*):

“HABEAS CORPUS”. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A

HC 159731 MC / SP

RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I – (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.

.....
III – ‘Writ’ não conhecido.”

(HC 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Tenho respeitosamente dissentido, em caráter pessoal, dessa diretriz jurisprudencial, **por nela vislumbrar grave restrição** ao exercício do **remédio constitucional** do “*habeas corpus*”.

Não obstante a minha posição pessoal, **venho observando**, em recentes julgamentos, **essa orientação restritiva**, *hoje consolidada* na jurisprudência da Corte, **em atenção** ao princípio da colegialidade, **motivo pelo qual impor-se-á o não conhecimento** desta ação.

Assinalo, no entanto, que, **mesmo** em impetrações deduzidas **contra** decisões monocráticas de Ministros *de outros* Tribunais Superiores da União, a **colenda** Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ainda que não conhecendo** do “*writ*” constitucional, **tem concedido**, “*ex officio*”, a ordem de “*habeas corpus*”, **quando se evidencie patente** a situação caracterizadora de injusto gravame ao “*status libertatis*” do paciente (HC 118.560/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

Por tal razão, **cumprе examinar** a matéria veiculada neste “*writ*”.

Com efeito, a análise objetiva das razões invocadas na presente impetração revela o inquestionável relevo jurídico da pretensão **deduzida** pelo impetrante, **especialmente se se considerar** o conteúdo da decisão **que decretou** a

HC 159731 MC / SP

prisão cautelar do paciente em questão, **confrontando-se**, para esse efeito, a fundamentação que lhe deu suporte **com os padrões firmados** pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria em julgamento.

Cumpr **destacar**, no ponto, os fundamentos do ato judicial que, **emanado** do Magistrado de primeiro grau, **motivou** as sucessivas impetrações de “*habeas corpus*” em favor do ora paciente:

“(...) é o caso de prisão preventiva, nos termos do artigo 310, inciso II, c.c artigo 312, ‘caput’, ambos do Código de Processo Penal. Com efeito, a custódia se faz necessária para a garantia da ordem pública, já que o delito de TRÁFICO DE ENTORPECENTES é dos mais graves existentes. Assim, a manutenção da prisão é necessária para garantia da ordem pública. Neste ponto deixo registrado que, no que toca à gravidade em abstrato do delito, é tranquilo na jurisprudência a impossibilidade de ser ela admitida como justificativa em sede de decretação de custódia cautelar. Todavia, as peculiaridades do caso evidenciam a necessidade da prisão porque os policiais foram informados estar um indivíduo jovem, magro, vestindo bermuda e camiseta preta, comercializando drogas, foram ao local e viram dois rapazes, um deles com as características mencionadas, um deles estava fazendo uso da substância cocaína, sendo a testemunha João Vítor, indagado afirmou ter adquirido do custodiado Alexandre, este portava cento e vinte e nove reais; ainda vistoriaram as imediações e encontraram sobre uma árvore trinta e sete pinos da mesma substância, portanto há indícios da prática do crime equiparado a hediondo. Por fim consigno ter o custodiado respondido a processos por delito idêntico junto a Vara da Infância e Juventude. Em que pesem os argumentos declinados pela douda Defesa, de que os pressupostos legais para a prisão preventiva estão presentes, a prisão do Indiciado é necessária para garantia da ordem pública. Ademais, tal conceito abrange não só a tentativa de se evitar a reiteração delituosa, mas também o acautelamento social decorrente da repercussão negativa e do estado de intranquilidade efetivamente causados

HC 159731 MC / SP

com a prática de delito, necessitando da segregação até mesmo como forma de tranquilizar a sociedade, que clama por Justiça e segurança (...). Vale ressaltar que a primariedade e bons antecedentes não impedem a prisão cautelar no caso de acusações como a deste caso concreto. Nesse mesmo sentido, colaciono aos autos citação transcrita por Guilherme de Souza Nucci, na 9ª edição do Código de Processo Penal Comentado, à fl. 628, item 13, bem como os seguintes julgados (...). Assim sendo, por todas as razões declinadas e atento ao fato de existir prova da materialidade do delito e suficientes indícios da autoria, indefiro o pedido de concessão de liberdade provisória. Posto isto, nos termos do art. 310, inc. II, do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE do autuado ALEXANDRE SANTOS DE OLIVEIRA em PRISÃO PREVENTIVA, expedindo-se o respectivo mandado." (grifei)

Presentes tais circunstâncias, **cabe reconhecer** que as razões subjacentes à decisão ora questionada **não se ajustam ao magistério jurisprudencial** firmado pelo Supremo Tribunal Federal **no exame do instituto da prisão cautelar**.

Tenho para mim que a decisão em causa, **ao converter em prisão preventiva** a prisão em flagrante do ora paciente, **apoiou-se em elementos insuficientes, destituídos de base empírica idônea, revelando-se, por isso mesmo, desprovida da necessária fundamentação**.

Todos sabemos que a privação **cautelar** da liberdade individual é **sempre** qualificada **pela nota da excepcionalidade (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), sendo de repelir-se, por inaceitáveis, discursos judiciais consubstanciados em tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial e reveladores, muitas vezes, de linguagem típica dos partidários do “direito penal simbólico” ou, até mesmo, do “direito penal do inimigo”, e que, manifestados com o intuito de impor indevidas prisões cautelares ou de proceder a inadequadas exacerbações punitivas, culminam por vulnerar, gravemente, os grandes**

HC 159731 MC / SP

princípios liberais **consagrados** pela ordem democrática **na qual se estrutura** o Estado de Direito, **expondo**, com esse comportamento, **uma inadmissível visão autoritária e nulificadora** do regime das liberdades fundamentais em nosso País (**HC 85.531/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É por isso que esta Suprema Corte **tem censurado** decisões **que fundamentam** a **privação cautelar da liberdade no reconhecimento** de fatos **que se subsumem à própria descrição abstrata** dos elementos **que compõem a estrutura jurídica do tipo penal**:

*“(...) **PRISÃO PREVENTIVA – NÚCLEOS DA TIPOLOGIA – IMPROPRIEDADE**. Os elementos **próprios** à tipologia **bem como** as circunstâncias da prática delituosa **não são suficientes** a respaldar a prisão preventiva, **sob pena de**, em última análise, **antecipar-se** o cumprimento de pena ainda não imposta (...)”*

*(**HC 83.943/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)*

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal **tem examinado** a utilização, **por magistrados e Tribunais**, do instituto da tutela cautelar penal, **em ordem a impedir a subsistência** dessa **excepcional** medida privativa da liberdade **quando inócurre** hipótese que possa justificá-la:

*“**Não serve** a prisão preventiva, **nem a Constituição permitiria** que para isso fosse utilizada, **a punir sem processo**, **em atenção** à gravidade do crime imputado, do qual (...) **ninguém** será considerado culpado **até** o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII).*

***O processo penal**, enquanto corre, **destina-se a apurar** uma responsabilidade penal; **jamais a antecipar-lhe** as consequências.*

***Por tudo isso**, é **incontornável a exigência** de que a fundamentação da prisão processual **seja adequada à demonstração** da sua necessidade, **enquanto medida cautelar**,*

HC 159731 MC / SP

o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato.”

(RTJ 137/287-295, 295, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Impende assinalar, por isso mesmo, **que a gravidade em abstrato** do crime, **qualquer que seja ele, não basta para justificar**, só por si, a **privação cautelar** da liberdade individual de qualquer paciente.

Esta Corte Suprema **tem advertido** que a **natureza da infração penal não se revela** circunstância apta, “*per se*”, a justificar a privação cautelar do “*status libertatis*” **daquele que sofre** a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, **ainda** que o delito imputado ao réu seja **classificado como crime hediondo ou constitua espécie delituosa a este legalmente equiparada** (RTJ 172/184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 182/601-602, Red. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RHC 71.954/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

“A gravidade do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII).”

(RTJ 137/287, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

“A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU

HC 159731 MC / SP

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.”

(RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Desse modo, a prisão cautelar, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu, como assinalou a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

“A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL

– A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade.

A prisão cautelar, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

– A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes.

HC 159731 MC / SP

A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU

– A prisão cautelar não pode – nem deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE

– A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE

– Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.

– Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja

HC 159731 MC / SP

precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.”

(HC 105.270/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A **decisão** em causa – **depois de indicar os pressupostos** da prisão preventiva **concernentes à materialidade do delito e aos indícios suficientes de autoria** (o que, por si só, **não se revela suficiente** para legitimar a imposição da privação cautelar da liberdade individual) – **invocou, como fundamentos da conversão** da prisão em flagrante em prisão preventiva, os fatos, **expostos em termos absolutamente genéricos**, de que “(...) a custódia se faz necessária para a garantia da ordem pública, já que o delito de TRÁFICO DE ENTORPECENTES é dos mais graves existentes. Assim, a manutenção da prisão é necessária para garantia da ordem pública (...)”.

Vale lembrar, por oportuno, **precedente** desta Corte Suprema, **inteiramente aplicável à espécie ora em julgamento**, cujo “dictum” **adverte** contra a tendência de decretar-se prisão preventiva **a partir, tão somente, da constatação de seus pressupostos (materialidade e indícios suficientes de autoria), que não se confundem – insista-se – com os fundamentos concretos e necessários** à utilização, pelo Poder Judiciário, de referido instituto de tutela cautelar penal (**garantia da ordem pública e/ou econômica, conveniência da instrução criminal e asseguuração da aplicabilidade da lei penal**):

“(...) 4. **Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes.** 5. **A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX, e 5º, XLVI).** 6. **A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva (...).”**

(HC 91.386/BA, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

HC 159731 MC / SP

Ao examinar a matéria em referência **nesta** Suprema Corte, **tive o ensejo de reconhecer a indispensabilidade**, em tema de prisão cautelar, **da indicação concreta de seus fundamentos**, **fazendo-o** em decisão cujo teor restou, no ponto, **assim ementado**:

*“**Entorpecentes. Prisão em flagrante. Conversão em prisão preventiva. Inexistência de fundamentos concretos. Referência genérica à defesa social e à questão da impunidade. Razões desprovidas de idoneidade jurídica para legitimar a utilização desse instituto de tutela cautelar penal, que se reveste de caráter excepcional. Precedentes. Insuficiência, também, para tal finalidade, do mero reconhecimento da presença dos pressupostos da prisão preventiva, que não se confundem com os fundamentos a ela pertinentes, os quais deverão ser concretamente indicados para justificar a excepcionalidade de decretar-se a privação cautelar da liberdade individual de alguém. (...). ‘Habeas corpus’ concedido de ofício.**”*

(HC 151.692-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Em suma: a análise do ato decisório de primeira instância que **converteu em prisão preventiva a prisão em flagrante** do ora paciente **permite reconhecer a inadequação**, em face da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **dos fundamentos invocados** pelo ilustre Magistrado local, **que não indicou fatos concretos** que pudessem justificar a utilização, no caso em exame, do instituto da prisão cautelar.

Há a considerar, ainda, no caso ora em exame, **a pequena quantidade da droga apreendida em poder** do paciente – 37 “ependorfs” de cocaína, **equivalentes a 25,5g dessa droga, consoante consignado** no boletim de ocorrência lavrado em 30/05/2018 –, **circunstância que minimiza eventual gravidade do delito pelo qual** foi ele preso em flagrante.

Cabe ressaltar que ambas as Turmas desta Suprema Corte já decidiram, a respeito de situações como a destes autos, que a pequena

HC 159731 MC / SP

quantidade da substância proibida encontrada em poder do agente não constitui, por si só, motivo suficiente para justificar a medida extraordinária da prisão cautelar, ainda mais quando se estiver em face do denominado “tráfico privilegiado” (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º) e resultar provado que o suposto autor da infração penal em referência preenche os requisitos fixados em mencionada norma legal (HC 121.250/SE, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 128.454/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 134.968/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) :

“HABEAS CORPUS’. LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. RISCO À ORDEM PÚBLICA NÃO CARACTERIZADO.

.....
2. Não sendo expressiva a quantidade de droga apreendida e ausentes outros elementos que indiquem o envolvimento significativo do paciente no tráfico de drogas, não se justifica a decretação ou a manutenção da prisão cautelar por risco à ordem pública.

3. ‘Habeas corpus’ concedido.”

(HC 104.868/RS, Rel. Min. ROSA WEBER – grifei)

“HABEAS CORPUS’. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

.....
3. A pequena quantidade da droga apreendida torna desproporcional a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

.....
5. ‘Habeas corpus’ concedido.”

(HC 135.250/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

HC 159731 MC / SP

Não se pode desconhecer, no ponto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já firmou orientação no sentido de que o “tráfico privilegiado”, quando devidamente comprovado, não se submete ao regime jurídico estabelecido para os crimes hediondos e para os delitos a estes legalmente equiparados:

“HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA

1. **O tráfico de entorpecentes privilegiado** (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.313/2006) **não se harmoniza** com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no ‘caput’ e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. **O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos**, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. **Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.**

4. **Ordem concedida.**

(HC 118.533/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

Essa orientação – **não constitui demasia relembrar** – **tem prevalecido** na prática jurisprudencial desta Corte Suprema (**HC 116.128/MS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 136.368/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 136.373/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 136.527/SP**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, v.g.).

HC 159731 MC / SP

Impende salientar, tendo em vista a jurisprudência **prevalecente** no Supremo Tribunal Federal – HC 94.767/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (12g de maconha) – HC 112.766/SP, Rel. Min. ROSA WEBER (164g de maconha) – HC 123.765/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES (8,89g de maconha) HC 128.566/MG, Red. p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO (34g de cocaína) – HC 140.454-MC/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (43,1g de maconha) – HC 143.147/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO (158g de cocaína) – HC 144.199-MC/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES (3g de maconha, 2g de cocaína e 2g de crack), v.g. –, **que se revela mínima**, no caso ora em exame, **a quantidade de drogas apreendidas em poder** do ora paciente, **a justificar a inadequação**, na espécie, da conversão de sua prisão em flagrante em prisão preventiva.

Cumprer referir, para efeito de mero registro, que a legislação portuguesa, em tema de drogas e substâncias afins, adotou, a partir da edição da Lei nº 30, de 29 de novembro de 2000, **medidas despenalizadoras**, **instituído**, em determinados casos, tratamento médico-ambulatorial **ou simples pagamento** de multa, além de **somente** incriminar a conduta configuradora do delito de tráfico de entorpecentes **quando o agente possuir** substâncias ilícitas **cujo total supere** “a quantidade necessária para consumo médio individual durante o período de 10 dias” (Lei nº 30/2000, art. 2º, item n. 2).

É importante acentuar, em face do que prescreve referido preceito normativo, que o Poder Judiciário português **definiu**, para efeito da regra em questão, **que a quantidade para consumo médio individual para um período de dez dias equivale** a 2 gramas (**se se tratar** de cocaína) **ou** a 25 gramas (**se se cuidar** de maconha).

Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da Justiça portuguesa – **apoiando-se** na legislação mencionada e, **notadamente**, na Portaria nº 94, de 26/03/96, do Ministério da Justiça e da Saúde (**que define os limites máximos** “para cada dose média individual diária”

HC 159731 MC / SP

referente a plantas, substâncias ou preparações de consumo mais frequentes) –, **tem entendido**, em diversos julgados, que “os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária de heroína e cocaína são, respectivamente, de 0,1 e 0,2g” (Processo nº 98P1103, de 02/12/1998, Rel. VIRGÍLIO OLIVEIRA, v.g.), **sendo certo** que, tratando-se de maconha (“*cannabis sativa L.*”), esse limite é de 2,5g.

Cabe assinalar, finalmente, por necessário, **considerando o que determina** a Lei nº 30, de 29/11/2000, **que dispõe** sobre o regime jurídico do consumo de estupefacientes em Portugal, que, para efeitos penais, o consumo médio individual diário há de ser projetado para um período de 10 dias, a significar, portanto, **que a quantidade diária** constante do Mapa anexo à já referida Portaria nº 94/96 **deverá ser multiplicada por 10** (heroína, 1g; cocaína, 2g; e maconha, 25g), **do que resultará** o limite máximo a que alude o art. 2º do diploma legislativo ora mencionado, **cujo teor é o seguinte**:

“Artigo 2º

Consumo

.....
2 - *Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.”* (grifei)

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, para **assegurar**, cautelarmente, ao ora paciente **o direito** de aguardar em liberdade, **se por al não estiver preso, a conclusão** da causa principal, **salvo nova decisão judicial em contrário fundada em razões supervenientes vinculadas ao Processo-crime** nº 0000605-52.2018.8.26.0571 (2ª Vara Criminal da comarca de Tatuí/SP), **sem prejuízo**, se for o caso, **da aplicação**, a referido paciente, das medidas cautelares alternativas definidas no art. 319 do Código de Processo Penal.

HC 159731 MC / SP

Expeça-se, em consequência, o **concernente** alvará de soltura **em favor** do ora paciente, **se** por **al não estiver preso**.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia desta decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 454.297/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**HC** nº 2110659-18.2018.8.26.0000) e ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Tatuí/SP (**Processo-crime** nº 0000605-52.2018.8.26.0571).

Publique-se.

Brasília, 18 de julho de 2018.

Ministro CELSO DE MELLO

(**RISTE**, art. 37, I)