



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 594051 - SP (2020/0161572-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : GUSTAVO DE FALCHI
ADVOGADO : GUSTAVO DE FALCHI - SP315913
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : _____ (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. REGISTROS DE ATOS INFRACIONAIS NÃO ESCLARECIDOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE QUE NÃO EVIDENCIA A ESPECIAL GRAVIDADE DA CONDUTA. PERICULUM LIBERTATIS NÃO DEMONSTRADO. ORDEM CONCEDIDA. PREJUDICADO O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de _____ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2111930-91.2020.8.26.0000).

Consta dos autos que o Paciente e outros três agentes foram presos em flagrante, no dia 06/05/2020, pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, c.c. o art. 40, inciso, VI, da Lei n. 11.343/2006, porque "*traziam com eles e guardavam, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 190,11g de cocaína, acondicionadas em 120 (cento e vinte) tubos plásticos, do tipo eppendorfs, 16,25g de maconha, acondicionadas em 12 (doze) segmentos plásticos transparentes, e 23,06g de cocaína, sob a forma de crack, acondicionadas em 4 (quatro) segmentos plásticos*" (fl. 97).

Irresignada com a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, a Defesa impetrou o *writ* originário, que foi denegado em acórdão assim ementado (fl. 14):

"HABEAS CORPUS Tráfico Ilícito de Drogas e Associação para o mesmo fim Insurgência contra a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória e converteu a prisão em flagrante em preventiva, mediante decisão carente de fundamentação idônea Alega, ainda, que estão ausentes os requisitos ensejadores da custódia cautelar, mormente em razão da pandemia pelo coronavírus (Covid19), invocando a Recomendação nº 62/2020 do CNJ IMPOSSIBILIDADE Caso em que, a decisão se encontra suficientemente fundamentada, demonstrada de forma adequada a presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar do paciente, em consonância com disposto artigo 93, inciso IX da CF De outro lado, remanescem os

requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 312, do CPP Quantidade e diversidade de drogas Paciente ostenta passagens pela Vara da Infância e da Juventude, reforçando a presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar. Cortes Superiores se posicionaram favoráveis à decretação da prisão preventiva para resguardar a ordem pública em face da prática de atos infracionais durante a menoridade Garantia da ordem pública. Precedentes do STJ Por fim, não há notícia nos autos acerca do estado de saúde do paciente, ou que tenha sido diagnosticado com suspeita ou confirmação de Covid-19, ou que pertença a grupo de risco, tampouco ausência de equipe médica ou local para isolamento na unidade onde encontra-se custodiado.

Ordem denegada."

O Impetrante, além de afirmar que o Paciente é primário e tem bons antecedentes, alega falta dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, porque (fl. 9- 10):

"demonstrado que no presente caso não há os requisitos necessários para a segregação cautelar do Paciente, pois não preenche os requisitos previstos no artigo 312 e seguintes do Código de Processo Penal, demonstrando destarte, a ausência de fundamentação idônea na decisão corriqueira, ora combatida prolata de forma padronizada pela Autoridade Coatora, a qual não obedece a ordem constitucional prevista no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal."

Requer, liminarmente e no mérito, seja concedida a liberdade provisória ao Paciente com a consequente revogação da prisão preventiva e substituição por medidas cautelares alternativas à prisão, nos moldes do art. 319 do Código de Processo Penal.

O pedido liminar foi indeferido pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, às fls. 67-68.

As informações foram prestadas às fls. 73-96 e 97-119.

O Ministério Público Federal opina em parecer assim sumariado (fl. 121):

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35, C/C ART. 40, VI, TODOS DA LEI Nº 11.343/06).

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE QUE OSTENTA REGISTROS DE ATOS INFRACIONAIS.

CONTUDO, QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, EMBORA EXPRESSIVA, NÃO É DE ELEVADA MONTA. PRIMARIEDADE. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM."

Pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar às fls. 131-135.

É o relatório. Decido.

No caso, o Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do Paciente, consignou os seguintes fundamentos (fls. 37-40):

"Em observância ao previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, reputam-se presentes indícios suficientes de autoria e provas da materialidade. Os Policiais Militares Tenente _____, Cb/Pm _____ e Sd/Pm _____ receberam denúncia anônima, onde o delator narrou que no imóvel situado na Rua

_____, alguns indivíduos estariam manipulando/preparando entorpecentes para a venda. Chegando no local dos fatos avistaram alguns rapazes na varanda de casa e pinos plásticos espalhados pelo chão, sendo que diante do estado flagrancial entraram na residência, surpreendendo os indivíduos preparando os entorpecentes para a venda. Com o autuado _____ foram encontrados 93 pinos plásticos contendo cocaína, 03 invólucros plásticos contendo crack, 01 pedra maior de crack, contendo também vários fragmentos do mesmo entorpecentes, além de R\$244,00 (duzentos e quarenta e quatro reais) distribuídos em cédulas diversas. Com _____ foi encontrado um saquinho plástico com 15 pinos plásticos contendo cocaína em seu interior. Com _____ foi encontrado um saco plástico com 12 pinos contendo cocaína em seu interior. Com _____ foram encontradas 12 porções de maconha, embaladas em um plástico branco, R\$80,00 (oitenta reais) em dinheiro, além de um papel de contabilidade do tráfico de drogas. Por fim, com o adolescente João Vítor foi encontrada 01 pedra de crack e R\$37,00 em dinheiro, distribuídos em cédulas diversas.

[...]

Pelo investigado _____, por intermédio de seu defensor, foi apresentado pedido de liberdade provisória com medidas cautelares diversas da prisão, onde apontou que o coinvestigado _____ assumiu a propriedade dos entorpecentes, bem como ressaltou as suas condições favoráveis, como primariedade e bons antecedentes (fls. 124/135).

[...]

No entanto, no caso em concreto, devem ser acolhidos o requerimento do Ministério Público (fls. 112/117) e a representação da Autoridade Policial (fl. 01/02), convertendo-se a prisão em flagrante em prisão preventiva, na forma do artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, uma vez que há indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, consistentes no auto de prisão em flagrante delito (fls. 01/17), em que foram ouvidos policiais militares, laudo pericial de constatação provisória (fl. 60/68), verificando-se, mesmo em sede de cognição rasa, a presença dos requisitos para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, com a necessidade de estancamento da mercancia proscrita narrada nos autos. Em prol da ordem pública, deve-se verificar que os acusados tinham em sua posse elevada quantidade de entorpecentes, totalizando 120 eppendorfs contendo cocaína, de peso bruto de 190,11 gramas, 23,06 gramas de crack, 12 porções de maconha, que pesaram 16,25 gramas, além de razoável quantidade em dinheiro, totalizando R\$361,00 (trezentos e sessenta e um reais), conforme auto de exibição e apreensão (fls. 15/17) e laudo de constatação provisória (fls. 60/68).

[...]

Os autuados _____ (fl. 82) e _____ (fl. 85) possuem antecedentes infracionais, inclusive por ato análogo ao tráfico de drogas, sendo que o último ainda teria sido surpreendido na posse de folha de contabilidade do tráfico de drogas (fl. 15).

[...]

Não se pode olvidar que os autuados estavam na companhia de adolescente durante a prática delitiva, a recomendar maior rigor na apreciação dos fatos, quando deveriam respeitar o período de isolamento social. Assim, não se verifica a utilidade de nenhuma outra medida alternativa à prisão, tendo em vista a necessidade de enfrentamento da traficância de drogas, crime este apenado como pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, notadamente em época que se espera que as pessoas estejam recolhidas em suas residências, não realizando a disseminação de drogas em Barretos. Ressalta-se, ainda, que as condições pessoais dos indivíduos, não ensejam, por si só, qualquer obstáculo à decretação ou manutenção da custódia provisória, quando presentes os requisitos ensejadores da prisão, como no caso em tela."

O acórdão impugnado, por sua vez, considerou que a gravidade do delito imputado ao Paciente justifica e legítima a manutenção da prisão cautelar.

Outrossim, consignou que (fl. 22):

"Frise-se que, a despeito da não exacerbada quantidade de drogas apreendidas, o paciente, conforme consignado na decisão combatida, ostenta antecedentes infracionais, inclusive por ato análogo ao tráfico de drogas (pesquisa às fls. 89 da ação penal de origem), tornando a delinquir, evidenciando que se trata de pessoa perigosa voltada para o submundo social, donde o receio de que venha a atentar contra a ordem pública, reforçando, assim, a presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar.

As Cortes Superiores já se posicionaram favoráveis à decretação da prisão preventiva para resguardar a ordem pública em face da prática de atos infracionais durante a menoridade."

É certo que: *"Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento de que a prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, serve para justificar a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. (RHC n. 60.213/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 3/9/2015)." (HC 413.575/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017).*

Contudo, como bem observou o Ministério Público Federal, o Flagrado tem 21 (vinte e um anos) e *"conforme se verifica da certidão de antecedentes criminais de (fl. 59 (e-STJ), o paciente, desde sua maioridade, não apresenta registro criminal (a não ser o presente feito), tratando-se, portanto, de réu primário e sem antecedentes"* (fl. 124).

Friso que apesar de o decreto construtivo afirmar que o Paciente teria cometido ato infracional análogo ao tráfico quando era adolescente, olvidou-se de esclarecer o resultado e eventual procedimento socioeducativo, não servindo tal fato para justificar a custódia cautelar diante da suposta reiteração criminosa.

Verifica-se, assim, que as instâncias ordinárias ressaltaram a gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, enfatizando a possibilidade de o Réu reiterar na prática delitiva, sem esclarecer concretamente o porquê, deixando, assim, de justificar concreta e adequadamente em que medida a liberdade do Paciente poderia comprometer a ordem pública ou econômica, ou, ainda, a aplicação da lei penal, bem como a insuficiência das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que fundamentos vagos, aproveitáveis em qualquer outro processo, não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, que só pode ser decifrada à luz de elementos concretos constantes dos autos.

Cabe também ressaltar que a quantidade de droga apreendida com o Paciente – **12 porções de maconha** –, apesar de indicativa da traficância, não é capaz de demonstrar, por si só, o *periculum libertatis* do Paciente.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PACIENTES PRIMÁRIOS. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REVOGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

*2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. **Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a periculosidade dos pacientes e a gravidade concreta do delito, evidenciadas pela quantidade e variedade das drogas apreendidas (26, 1g de maconha e 9g de cocaína), bem como pela possibilidade de reiteração delitiva, tendo em vista que o primeiro paciente (Alex) ostenta 2 passagens pela Vara da Infância e da Juventude pelo cometimento de atos infracionais, e o segundo paciente (Denis) ostenta uma anotação por ato infracional e afirmou na delegacia ter participado de um crime de roubo no ano de 2017.***

Numa primeira análise, entendo fundamentada a necessidade da decretação da prisão cautelar, pois, baseadas em elementos concretos, alheios à gravidade abstrata do delito.

No entanto, não se pode desconsiderar a absorção do princípio da proporcionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente pelo direito processual penal. Não obstante tratar-se de um princípio implícito, não estando expressamente previsto no Texto Constitucional, o princípio da proporcionalidade tem servido como instrumento de proteção contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

Nessa toada, entendo que, a pequena quantidade da droga apreendida em posse dos pacientes, aliada à primariedade de ambos, resultará, em caso de condenação, em uma pena branda que, possivelmente, será cumprida em regime aberto, com possibilidade de substituição por restritivas de direito.

Assim, embora não olvide haver fundamentação concreta no decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes do trânsito em julgado, a meu ver, inadequado e desproporcional o encarceramento dos pacientes dada as peculiaridades do caso concreto, motivo pelo qual entendo que deve ser revogada, in casu, sua prisão preventiva.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício." (HC 434.053/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO DELITO QUE LHE É IMPUTADO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO DEVIDAMENTE MOTIVADO. TODAVIA, CABIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROPORCIONALIDADE,

SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. FIXAÇÃO QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA.

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, a segregação provisória está devidamente justificada, pois destacou o Juízo de piso a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública, em razão da reiteração delitiva do paciente, visto que, antes de atingir a maioridade, praticou dois atos infracionais análogos ao crime de tráfico de entorpecentes.

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. Assim, na hipótese, mesmo levando em conta o histórico do paciente, 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. Portanto, considerando (a) ser a prisão a ultima ratio; (b) não ter sido o delito praticado mediante violência ou grave ameaça; bem como (c) ser pequena a quantidade de drogas apreendidas (1,36g de crack e 15,94g de cocaína), mostra-se desarrazoada a segregação preventiva, sendo suficiente e adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

5. Ordem concedida, em menor extensão, para substituir a custódia preventiva do paciente por medidas cautelares diversas da prisão, as quais deverão ser fixadas pelo Juízo de primeiro grau." (HC 448.746/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 29/08/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ANTECEDENTES INFRACIONAIS. AÇÕES EM ANDAMENTO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (3 G DE CRACK). PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 8 MESES. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUFICIÊNCIA. FIXAÇÃO. NECESSIDADE.

1. As prisões cautelares são medidas de índole excepcional, somente podendo ser decretadas ou mantidas caso demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a efetiva imprescindibilidade da restrição ao direito constitucional à liberdade de locomoção.

2. A decisão que decretou a prisão preventiva está fundamentada nos antecedentes do paciente.

3. Não obstante as relevantes considerações feitas pelas instâncias ordinárias relativas aos antecedentes criminais do paciente (atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas e ações penais em andamento, por lesão corporal, injúria, ameaça e uso de drogas), as demais circunstâncias descritas nos autos revelam que a aplicação de medidas alternativas à prisão se mostram suficientes a evitar a reiteração delitiva, uma vez que se trata da apreensão de apenas 3 g de crack, e o paciente está preso desde o dia 23/9/2019.

4. Em caso análogo, esta Sexta Turma já decidiu que, a despeito de o paciente responder a outras duas ações penais, em seu poder foram apreendidos tão somente 3,9 g (três gramas e nove decigramas) de crack e 0,3 (três decigramas) de maconha, o que demonstra ser desproporcional a cautela máxima (HC n. 552.563/PR, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 12/3/2020).

5. Ordem concedida a fim de revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente na ação penal de que tratam os presentes autos, determinando sua substituição por outras medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de

Processo Penal, a serem definidas pelo Juízo de primeiro grau, a quem incumbirá a fiscalização e também a possível decretação de nova prisão, em caso dedescumprimento de qualquer uma das obrigações impostas ou por superveniência de motivos novos e concretos para tanto, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal." (HC 549.564/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 10/06/2020; sem grifos no original.)

Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada.

Julgo, outrossim, prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de agosto de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora