

HABEAS CORPUS Nº 493.051 - SP (2019/0040255-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : WELINTON FERNANDO ALVES
ADVOGADO : WELINTON FERNANDO ALVES - SP416202
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR ALVES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VITOR ALVES DA SILVA contra **decisão indeferitória de provimento urgente** proferida pelo Desembargador Relator no *Habeas Corpus* n.º 2011870-47.2019.8.26.0000 em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 18/01/2019, porquanto teria praticado as condutas tipificadas nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n.º 11.343/2006, já que, em tese, em conjunto com outros indivíduos, portava "**06 (seis) porções de cocaína, totalizando 13,44 gramas, bem como 28 (vinte e oito) porções de maconha, totalizando 64,47 gramas**" (fl. 11).

A prisão foi convertida em preventiva (fls. 10-12).

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus*, o qual teve a liminar indeferida pelo Desembargador Relator (fls. 8-9).

No presente *writ*, o Impetrante alega, preliminarmente, a necessidade de se afastar o entendimento sedimentado no enunciado da Súmula n.º 691 do Supremo Tribunal Federal, pois verifica-se, no caso, flagrante ilegalidade.

Assevera que não estão preenchidos os requisitos autorizadores da medida extrema e que são inidôneos os fundamentos utilizados para a decretação da custódia provisória.

Registra as condições pessoais favoráveis do Paciente, pois "[t]rata-se de pessoa com residência fixa, que exerce atividade informal remunerada de Servente de pedreiro, [...] o paciente é Réu primário, e possui boa índole" (fl. 5).

Requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva.

É o relatório inicial.

Decido o pedido urgente.

Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte e por este

Tribunal Superior, não se admite *habeas corpus* contra decisão negativa de liminar proferida em outro *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

É o entendimento sedimentado na Súmula n.º 691/STF ("*[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*"), aplicável, *mutatis mutandis*, a este Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 447.280/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 01/06/2018; AgRg no HC 446.100/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 21/05/2018; AgRg no HC 444.105/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 21/05/2018; AgRg no HC 376.599/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe de 12/06/2018).

A despeito de tal óbice processual, tem-se entendido que, em casos excepcionais, deve preponderar a necessidade de se garantir a efetividade da prestação da tutela jurisdicional de urgência para que flagrante constrangimento ilegal ao direito de liberdade possa ser cessado - tarefa a ser desempenhada caso a caso.

Todavia, esse atalho processual não pode ser ordinariamente usado, senão em situações em que se evidenciar decisão absolutamente teratológica e desprovida de qualquer razoabilidade, na medida em que força o pronunciamento adiantado da Instância Superior, suprimindo a competência da Inferior, subvertendo a regular ordem do processo.

Na hipótese dos autos, verifico, em juízo prelibatório, a existência de ilegalidade apta a ensejar o deferimento da liminar pretendida.

A propósito, observe-se que o Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do Paciente, apresentou as seguintes razões (fls. 11-12; grifos diversos do original):

"[...] Seguindo, é o caso de decretar a custódia cautelar. Segundo consta no expediente, os flagrados estariam envolvidos em tráfico de drogas, trazendo consigo substâncias entorpecentes, visando à mercancia ilícita. A ação foi interrompida após a atuação ativa de policiais, ao receberem denúncia anônima dando conta de suposta atividade traficante pelos acusados. A denúncia dava conta de que indivíduos de Echaporã se dirigiram até Marília para comprar drogas e revendê-las. Consta que a viatura policial acompanhou o veículo que

trazia os autuados de volta a Echaporã, e, em dado momento, perceberam que os ocupantes do veículo dispensaram algo pela janela do carro. Ato contínuo, abordaram os autuados e, posteriormente, verificou-se que na sacola dispensada havia 06 (seis) porções de cocaína, totalizando 13,44 gramas, bem como 28 (vinte e oito) porções de maconha, totalizando 64,47 gramas. Em solo policial, os autuados alegaram que a droga se destinada ao próprio consumo. Ora, os fatos narrados são bastante graves.

*Tratam de tráfico de drogas e associação para o tráfico, que desemboca no cometimento de outros delitos, seja pelo traficante ou pelos usuários. Crimes como este assolam demais a população ordeira, abalando a convivência pacífica na medida em que se colocam na sociedade grande número de comerciantes de drogas e usuários. Sendo este o contexto específico dos autos, necessária, proporcional e adequada a prisão preventiva dos autuados, ao menos por ora, especialmente como forma de fazer cessar a prática delituosa (provavelmente entregaria ao comércio a droga encontrada) e acautelar a ordem pública. Por fim, pertinente ao prosseguimento do processo a fim de evitar a suspensão, na forma do artigo 366 do Código de Processo Penal, tornando-se imprescindível a sua custódia para conveniência da instrução criminal. Insta salientar que a proporcionalidade da medida extrema que toca a liberdade do suspeito, no tocante ao juízo/interpretação a respeito da concessão ou não da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando a Resolução nº 05/2012 do Senado, será apreciada no momento oportuno, ou seja, na prolação da sentença, no caso de eventual condenação, mais especificamente, na dosimetria da pena, desautorizando, o sistema normativo em vigor, a antecipação do pronunciamento, ainda mais para a prática, em tese, do tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo pela Constituição Federal, na ocasião da decretação da prisão preventiva. Não se esquece que o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 veda a fiança e a liberdade provisória. Todavia, cabe ao magistrado aferir, no caso concreto, a necessidade ou não do cárcere cautelar, pois vedações peremptórias, dissociadas da aferição do fato em exame estão distanciadas da atual ordem constitucional, ensejando, inclusive, modificação da lei dos crimes hediondos (Lei nº 11.464/2007). No presente caso, **MANTENHO a prisão cautelar de ILSÓN DAVI FIRMINO DE ARAÚJO, VÍTOR ALVES DA SILVA, MARCOS HENRIQUE ALVES DA SILVA e NATAN DO NASCIMENTO CHAVES**, convertendo a prisão em flagrante em preventiva, conforme o artigo 310, II, bem como, os requisitos previstos nos artigos 311 e 312, todos do Código de Processo Penal. [...]"*

O Desembargador Relator, ao indeferir o pleito liminar, limitou-se a consignar, *in verbis* (fl. 9):

"A matéria arguida na impetração diz respeito ao próprio mérito do writ, escapando, portanto, aos restritos limites da medida liminar, que há de ser deferida apenas nos casos em que exsurge flagrante o

constrangimento ilegal apontado, o que não é o caso dos autos.

Indefiro, pois, a liminar."

No que diz respeito especificamente ao tráfico de drogas, não obstante seja legítima, em termos de política criminal, a preocupação com o seu alastramento na sociedade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que **fundamentos vagos**, aproveitáveis em qualquer outro processo, como o de que se trata de delito ligado à desestabilização de relações familiares ou o de que se trata de crime que causa temor, insegurança e repúdio social, não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, porque **nada dizem acerca da real periculosidade do agente**, que só pode ser decifrada à luz de elementos concretos constantes dos autos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Ministro EROS GRAU, decidiu que a custódia cautelar **só pode ser implementada se devidamente fundamentada**, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. A referida orientação deve ser adotada por todos os Tribunais Pátrios, como forma de se tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência.

No caso, o Magistrado de piso decretou a prisão preventiva calcado em fundamentação genérica, pois não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, a qual está amparada tão somente na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

Considerando, em juízo de cognição sumária, que a decretação da prisão processual está dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado, **cabível superar o óbice da Súmula n.º 691/STF** para, desde já, assegurar a liberdade ao Paciente.

No mesmo sentido:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SÚMULA N. 691/STF. SUPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. GRAVIDADE ABSTRATA. ORDEM CONCEDIDA. RATIFICADA A LIMINAR.

1. Embora a Súmula n. 691 do STF vede a utilização de habeas corpus impetrado ante decisão de relator que, em writ impetrado perante o Tribunal de origem, indefere o pedido liminar, admite-se, em casos excepcionais, configurada flagrante ilegalidade, a superação do entendimento firmado no referido enunciado sumular.

2. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

3. Na espécie, embora o decreto prisional faça referência à quantidade e à variedade do entorpecente apreendido, não vislumbro a existência de elementos concretos a justificar a medida mais gravosa. Com efeito, não se trata de 'grande quantidade de drogas'.

Ademais, vejo que documentos acostados aos autos apontam indícios de que o paciente possui vínculo com a comarca.

4. Habeas corpus concedido, ratificada a liminar." (HC 459.365/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 19/09/2018.)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO STF. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O decreto não traz qualquer motivação concreta para a prisão quando faz referência às circunstâncias já elementares do delito, valendo-se de fundamentação abstrata e com genérica regulação da prisão preventiva, evidenciando a ausência de fundamentos para a segregação cautelar.

2. Habeas corpus concedido para a soltura do paciente WELLINGTON MICAEL BUENO FERREIRA, sem prejuízo de nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual." (HC 433.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA N. 691 DO STF. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal quando, a um primeiro olhar, a determinação de prisão preventiva não foi fundada em dados concretos dos autos, à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. Com o julgamento superveniente do habeas corpus e a denegação da ordem, o Tribunal de Justiça transmuda-se em autoridade coatora.

3. O Juiz, ao decretar a custódia extrema, deixou de evidenciar o risco que a liberdade da paciente enseja para a ordem pública. Era necessário constar do édito prisional referência a dado concreto dos autos, como, por exemplo, a quantidade e/ou a variedade de droga apreendida, registros criminais anteriores da acusada ou outros indícios de que ela se dedique a atividade criminosa, de forma não ocasional, uma vez que a gravidade abstrata e a repercussão social do crime de

tráfico de drogas não justificam, isoladamente, o periculum libertatis.

4. A prisão em flagrante não constitui sinal de periculosidade da acusada, tendo em vista o princípio da não culpabilidade.

5. Habeas corpus concedido, para, confirmada a liminar, permitir que a paciente responda ao processo penal em liberdade caso por outro motivo não esteja presa, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP." (HC 399.413/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017.)

Ademais, até o momento, não consta nos autos registro de antecedentes em desfavor do Paciente e nem há indício de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosas.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para determinar, até o julgamento final do writ, a soltura do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo processante; ou da decretação de nova prisão provisória, em caso de fato novo a demonstrar a necessidade da medida.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeira instância, encaminhando-lhes cópias da presente decisão.

Requisitem-se as informações do Juízo de primeira instância e do Tribunal de origem, mormente sobre o andamento do feito, nas quais deverão constar a respectiva senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte requeira a sua utilização.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora