

HABEAS CORPUS Nº 493.809 - SP (2019/0045664-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
NAYARA ROCHA RINCON - RJ173246
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NAILTON JOSE DE ARAUJO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de NAILTON JOSE DE ARAUJO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu o pedido liminar no *writ* de origem.

A impetrante busca a revogação da prisão preventiva, com a alegação de não ter sido observado o prazo de 24 horas entre a prisão e a apresentação em audiência de custódia e de ausência dos requisitos do art. 312 do CPP.

O paciente foi preso em flagrante pela prática do crime de 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Na origem, o processo n. 1500449-61.2019.8.26.0536/SP, encontra-se na fase inicial, com notificação para a apresentação de defesa prévia em 5/2/2019, conforme informações processuais eletrônicas disponíveis em 15/2/2019.

É o relatório.

DECIDO.

A teor do disposto no enunciado da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, não se admite a utilização de *habeas corpus* contra decisão que indeferiu a liminar em *writ* impetrado no Tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.

A despeito de tal óbice processual, tem-se entendido que, em casos excepcionais, quando evidenciada a presença de decisão teratológica ou desprovida de fundamentação, é possível a mitigação do referido enunciado.

A decisão do Tribunal de origem que indeferiu a liminar foi fundamentada nos seguintes termos (fls. 74/77):

[...].Conforme verificado nos autos, o paciente foi denunciado porque no dia 30 de janeiro de 2019, na Avenida Gesiael Pereira da Silva, altura do nº 1.485, Trevo, na comarca de Praia Grande, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 37 (trinta e sete) invólucros plásticos contendo porções individuais de "maconha".

É da denúncia que, na data dos fatos, policiais civis receberam informação dando conta de que um indivíduo praticava o tráfico de drogas num endereço

específico. Deslocaram-se, então, para o local indicado e visualizaram o paciente em via pública. Notaram que ele apresentou nervosismo e tentou deixar o local ao perceber a presença da polícia, o que motivou a abordagem. Em revista pessoal, foram encontradas duas "tiras" de "maconha", bem como R\$ 14,00 (catorze reais) em espécie.

Indagado, ele admitiu, informalmente, a prática do tráfico, indicando o local em que mantinha o restante da droga (fls. 42/43, dos autos principais).

A decisão impugnada surgiu nos seguintes termos: " I. Trata-se de cópia de auto de prisão em flagrante de, indiciado em razão de fatos narrados nas circunstâncias de tempo e lugar indicadas no boletim de ocorrência pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas. No âmbito da ciência do flagrante, nos termos do disposto no artigo 310 do CPP (com a nova redação da Lei 12.403/11), passo a decidir. II. Está presente hipótese de flagrante delito, pois a situação fática encontra-se subsumida às regras previstas pelo artigo 302 do CPP. O auto de prisão em flagrante encontra-se regular, material e formalmente em ordem, sendo cumpridas todas as formalidades legais e respeitadas as garantias constitucionais. Além disso, não se vislumbra qualquer nulidade, irregularidade ou ilegalidade apta a justificar o relaxamento da prisão em flagrante. Houve, portanto, situação de flagrância, sendo legal e legítima a prisão do indiciado, inexistindo qualquer motivo que justifique o relaxamento. III. 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. Consta que os policiais civis se dirigiram ao local dos fatos para ronda de rotina e viram o preso em atitude suspeita, o que motivou a abordagem encontrar em 37 porções de maconha, com peso bruto de 110g. Em que pese as alegações da Defesa, nesta fase devem ser prestigiados os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão do indiciado. Diante dessas circunstâncias infere-se, em princípio e sem adentrar no mérito, que a prisão em flagrante do indiciado foi legítima. IV. A Lei nº 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 dos averiguados (artigo 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 (artigo 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. A prisão do averiguado está absolutamente amparada pela lei, havendo fortes indícios de autoria delitiva, o que demonstra a presença do *fumus comissi delicti*.

Também está presente o *periculum libertatis*. 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. Ademais, 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. O averiguado preso é reincidente por tráfico de drogas, além de outros crimes, como FAC juntada aos autos. Ademais, a soltura no presente momento formaria verdadeiro incentivo à impunidade, aumentando consideravelmente a chance de reincidência, para obtenção de lucro fácil na mercancia de entorpecente. 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 310, II, do CPP, CONVERTO em PREVENTIVA a prisão em flagrante de NAILTON JOSE DE ARAÚJO, expedindo-se o competente mandado de prisão (fls.31/33).

Numa análise superficial, não se vislumbra flagrante ilegalidade ou abuso na prisão preventiva decretada, pelo menos em princípio, haja vista adequada motivação. Sem adentrar ao mérito, reputo presentes, na espécie, indícios de autoria e prova da materialidade, que conjugados com as demais circunstâncias concretas do caso, são suficientes a autorizar a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, tal como assentado na decisão impugnada, ressaltando que a apresentação do preso no prazo de 24 horas referido na citada "Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental", deve ser adaptado à realidade de cada caso. Sobre a intimação, ao impetrante, da data do julgamento, fica indeferido o pedido, devendo a subscritora acompanhar pelos meios digitais o andamento do feito, eis se tratar de ação constitucional de rito emergencial/célere, e que não necessita intimação prévia, nos termos do artigo 248, do Regimento Interno desta Corte. INDEFIRO, do exposto, o pedido liminar.[...].

Em relação à ausência da audiência de custódia, o entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que sua não realização não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restando então superado o exame desse tema (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJE 07/06/2016; RHC 76.906/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016; RHC 63632/PR, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

Fiquei vencido nos precedentes citados e permaneço com igual compreensão. É a audiência de custódia requisito de garantia para a prisão, que não resta superado pela conversão do flagrante em preventiva. Em temas fundamentais ao processo - e a prisão talvez seja aquele que mais diretamente atinja a pessoa do acusado - a forma é instrumento de garantia, inarredável pelos danosos efeitos que provoca, no caso tornando letra morta garantia de

preservação pessoal assumida pelo país em compromissos internacionais e permitindo não somente a proliferação desnecessária da custódia cautelar, como impedindo o direito de contato pessoal do preso com seu juiz, assim como a constatação direta pelo magistrado das condições físicas do preso e das circunstâncias de sua prisão. Mais que forma, é garantia de preservação pessoal processualmente estabelecida em favor do cidadão.

Não obstante, por segurança jurídica, pois à sociedade desserve a compreensão diversa de justiça unipessoal do integrante de colegiado, tão somente ressalvo meu entendimento no tema e acompanho o resultado esperado e acima citado de precedentes desta Sexta Turma.

Posto isso, a decisão que decretou a prisão preventiva assim dispôs (fls. 57/58 - com destaques):

[...].III. 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. **Consta que os policiais civis se dirigiram ao local dos fatos para ronda de rotina e viram o preso em atitude suspeita, o que motivou a abordagem encontraram 37 porções de maconha, com peso bruto de 110g.** Em que pese as alegações da Defesa, nesta fase devem ser prestigiados os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão do indiciado. Diante dessas circunstâncias infere-se, em princípio e sem adentrar no mérito, que a prisão em flagrante do indiciado foi legítima. IV. A Lei nº 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 dos averiguados (artigo 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 (artigo 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. A prisão do averiguado está absolutamente amparada pela lei, havendo fortes indícios de autoria delitiva, o que demonstra a presença do *fumus comissi delicti*. Também está presente o *periculum libertatis*. 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. Ademais, 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. **O averiguado preso é reincidente por tráfico de drogas, além de outros**

crimes, como FAC juntada aos autos. Ademais, a soltura no presente momento formaria verdadeiro incentivo à impunidade, aumentando consideravelmente a chance de reincidência, para obtenção de lucro fácil na mercancia de entorpecente. 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 310, II, do CPP, CONVERTO em PREVENTIVA a prisão em flagrante de NAILTON JOSE DE ARAÚJO , expedindo-se o competente mandado de prisão.[...].

Como se vê, o decreto prisional apresentou fundamentação concreta, evidenciada na reiteração delitiva do paciente, pois *o averiguado é reincidente por tráfico de drogas, além de outros crimes, como FAC juntada aos autos*, o que se verifica de sua folha de antecedentes de fls. 45/51, sendo a questão passível de indeferimento do pedido liminar.

Esta Corte tem compreendido que a periculosidade do acusado, evidenciada na reiteração delitiva, constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Nesse sentido: HC n. 286854/RS – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Felix Fischer – DJe. 1º-10-2014; RHC n. 48002/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 4/8/2014; RHC n. 44677/MG – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 24/6/2014.

Não se verifica, portanto, ilegalidade para justificar a mitigação do enunciado da Súmula n. 691 do STF.

Ante o exposto, indefiro liminarmente o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator