HABEAS CORPUS Nº 477.061 - SP (2018/0289736-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	MARCOS VINICIUS VIEIRA
ADVOGADO	:	MARCOS VINICIUS VIEIRA - SP189423
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALAN DORIVAL GONCALVES CARDOSO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **ALAN DORIVAL GONCALVES CARDOSO** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: **a)** não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP; **b)** o paciente "é primário e nunca teve qualquer tipo de envolvimento com o Poder Judiciário, nem mesmo junto a Vara da Infância e Juventude" (e-STJ, fl. 5); **c)** se o paciente vier a ser condenado, sua provável pena futura revela a desproporcionalidade da prisão preventiva.

Pleiteia a revogação da custódia preventiva imposta ao paciente.

O pedido liminar foi indeferido.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No caso dos autos, a custódia cautelar foi decretada pelos seguintes fundamentos:

> "Vistos. LEANDRO HENRIQUE DIAS JACINTO e ALAN DORIVAL GONÇALVES CARDOSO, qualificados nos autos, foram presos em flagrante por suposta prática do delito do artigo 33, da Lei 11.343/06 e Artigo 244-B da Lei 8069/90. Ouvidos nessa audiência, Alan afirmou a ocorrência de violência perpetrada pelo Policial Militar Mateus, enquanto Leandro negou a ocorrência de violência policial e narrou que a atividade policial teria sido cumprida dentro da lei. Consta do flagrante que Alan, Leandro e o adolescente Luiz Henrique teriam sido surpreendidos por policiais

> militares em circunstâncias que indicariam a ocorrência de tráfico de drogas, pois os policiais teriam visto o adolescente entregando algo a terceiro (Wesley), e tal seria uma pedra de 'crack', sendo certo que Wesley teria dito que os três estariam vendendo drogas. Em revista, com Alan e Leandro foram encontradas cocaína e maconha, embaladas de forma a indicar que teriam a mesma procedência, e a notícia, conforme depoimento de fls. 04, era de que Alan, Leandro e Luiz Henrique já estavam comercializando drogas naquele local há algum tempo, 'costumava' fazer, de tal sorte que a habitualidade indica que a liberdade coloca em risco a ordem pública, pois vários são os crimes praticados por força do tráfico. Tal notícia indica ainda que, além de tráfico, os autuados estariam corrompendo o adolescente, crime também grave, eis que destrói a vida do jovem, mostrando-se a prisão, bem por isso, conveniente a salvar Luiz Henrique, bem como para garantir liberdade em eventual depoimento desse em Juízo. Não bastasse, pelo flagrante, duas eram as espécies de drogas, e o tráfico seria praticado em associação com essa finalidade especifica, o que demonstra que, na hipótese de condenação, não haveria aplicação do redutor especial, ou se aplicado, não em seu grau máximo. Assim, em garantia da ordem pública, para afastar o tráfico das ruas e do adolescente, para conveniência da instrução criminal, a fim de garantir a liberdade do depoimento de Luiz Henrique, e para garantia da aplicação da lei penal, pois eventuais penas seriam elevadas e somadas, bem como porque os flagranciados não exercem atividade lícita remunerada - ao menos não há prova, decreto-lhes as prisões preventivas" (e-STJ, fl. 111-112).

Como se vê, não foram apontados dados concretos que justifiquem a segregação provisória. A magistrada singular utilizou apenas fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e baseou-se em elementos inerentes ao próprio tipo penal, deixando de observar o disposto no art. 312 do CPP. Nem mesmo a quantidade de entorpecentes apreendida – 11,53g (onze gramas e cinquenta e três centigramas) de maconha e 2,88g (dois gramas e oitenta e oito centigramas) de crack – pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e seus bons antecedentes.

A propósito:

> "*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS SOBRE A GRAVIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício

(Precedentes).
2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.
93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.
3. No caso, a prisão preventiva do recorrente foi decretada sem que fossem apontados dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a medida extrema; somente há referências a elementares do tipo penal e termos genéricos da lei processual.
4. Afirmações genéricas e abstratas a respeito da periculosidade do crime não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Ainda mais quando se trata de recorrente preso em flagrante com pequena quantidade de entorpecente (22g de crack e 1,8g de maconha) e que guarda condições pessoais favoráveis.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para revogar o decreto prisional do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal."
(HC 398.322/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS. ADEQUAÇÃO. RECURSO PROVIDO.
1. 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*.
2. Na espécie, realizada a prisão em flagrante, a prisão preventiva foi decretada em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas - 36g (trinta e seis gramas) de crack e 41g (quarenta e um gramas) de maconha.
3. Embora o édito prisional indique a necessidade da imposição da prisão cautelar, valendo-se sobretudo da menção à variedade e à quantidade de droga apreendida, a imposição das medidas cautelares revela-se mais adequada e proporcional ao caso. Isso porque, não obstante a quantidade de droga apreendida não possa ser considerada pequena, também não é, por outro lado, indicativa, por si só, da periculosidade do agente, a ponto de justificar o encarceramento

> preventivo. Some-se a isso que o recorrente ostenta condições pessoais favoráveis.
> 4. Assim, as particularidades do caso demonstram a suficiência, adequação e proporcionalidade da imposição das medidas menos severas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
> 5. Recurso ordinário provido."
> (RHC 90.438/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 2/5/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Não obstante, **concedo a ordem**, **de ofício**, para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de Leme.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator