

HABEAS CORPUS Nº 500.880 - SP (2019/0086812-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - SP332595
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS FERNANDES VIANA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de MATHEUS FERNANDES VIANA, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso preventivamente pela suposta prática do delito de tráfico de drogas e associação para o tráfico.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem requerendo a revogação da prisão cautelar. O pedido foi denegado em acórdão que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE SOFRE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, POSTO QUE POSSUI OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A RECEPÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. SEGUNDO ARGUMENTO DE QUE A R. DECISÃO JUDICIAL FOI PROLATADA COM CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. TERCEIRO DE QUE, CASO SOBREVENHA CONDENAÇÃO, PODERÁ SER SUA PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

IMPUTAÇÃO FEITA NOS TERMOS DO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06.

CASO EM QUE, CONFORME A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INFRACONSTITUCIONAL VIGENTES, BEM COMO REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA, A IMPUTAÇÃO FEITA INVIABILIZA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PRETENDIDO.

DECISÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA DEVIDAMENTE EMBASADA EM REQUISITOS DO ART. 312, CPP.

ÚLTIMO ARGUMENTO INVOCADO QUE CONSTITUI QUESTÃO INCERTA E FUTURA, QUE ENSEJA

ABORDAGEM MERITÓRIA E QUE, PORTANTO, REFOGE AO ESTREITO CAMPO DE ATUAÇÃO DO WRIT.

Ordem conhecida apenas em parte, e, nessa parte, denegada"

Dáí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal devido à **ausência de fundamentos idôneos que justifiquem a manutenção da prisão preventiva**.

Aponta, ainda, a presença de **condições favoráveis** do paciente.

Requer, ao final, a concessão da ordem para revogar a prisão preventiva do paciente.

A medida liminar foi **deferida** às fls. 37-40.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 45-48, pela **concessão da ordem**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E LASTREADA NA PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDA. PRIMARIEDADE DO RÉU. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM".

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a

instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (**v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello**, DJe de 18/10/2012).

No caso em tela, **não houve a devida fundamentação** apta a justificar, em princípio, a manutenção da segregação cautelar do paciente, preso em flagrante com **1,5 g de crack, 16,6 g de maconha e 1 grama de cocaína**, porquanto a segregação foi decretada tão somente porque:

"[...]

Compulsando os autos, verifico ser necessária a conversão da prisão em flagrante do investigado em prisão preventiva. Frise-se desde já que a nova redação do art. 282 do Código de Processo Penal prevê expressamente que as medidas cautelares devem observar sua necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, bem como ser ela adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. E no caso em exame, se porventura adveio diploma legal omitindo a vedação da concessão de liberdade provisória mesmo nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, isto sempre estará adstrito à existência dos requisitos que autorizam uma prisão cautelar, sendo justamente o que se vê no caso em tela. Trata-se de acusação de tráfico de entorpecentes, delito gravíssimo e que merece séria reprimenda, diante das conseqüências nefastas que causam à sociedade, seja com relação à saúde pública, onde se expõem pessoas inocentes a perderem sua integridade corporal diante do consumo de tóxicos ou então em razão das demais conseqüências à sociedade em geral, tal como o financiamento do crime organizado ou a prática desenfreada de delitos contra o patrimônio para a aquisição de tóxicos, bem como acusação de porte ilegal de arma de fogo, com numeração adulterada. E no caso em exame, está demonstrada a certeza sobre o delito, havendo a apreensão de doze porções de maconha, além de três de cocaína em pó e vinte e cinco porções de cocaína em pedra. Quanto aos indícios de autoria, encontram-se presentes pelos relatos dos policiais civis responsáveis pela detenção do indiciado, noticiando terem recebido informações sobre o tráfico de drogas no local dos fatos, vindo a abordarem o réu e realizaram diligência em sua residência, onde encontraram porções de tóxicos em sua residência, também tendo o investigado valores em seu poder e dele ouviram sua confissão. Logo, percebe-se a ofensa que causa à ordem pública a concessão de liberdade

provisória para quem se vê acusado de tão grave delito, sobretudo considerando os antecedentes do acusado, inclusive com condenação pelo tráfico de entorpecentes, ficando assim claramente demonstrado seu perfil voltado ao crime. Na espécie, portanto, se encontra justificada a segregação provisória com estribo na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na assecuração da aplicação da lei penal, de tal sorte que o sacrifício da liberdade é fundamentadamente justificado. Em suma, a medida excepcional é cabível e recomendável, porque visa resguardar a ordem pública e afastar do convívio social aquele que, em princípio, demonstrou poder ter comportamento altamente nocivo à comunidade. O noticiado neste caderno sinaliza, ao menos num juízo de cognição instrumental, vulto do risco ao meio social e à aplicação da lei, não se mostrando suficiente ou adequada outra medida diversa do cárcere" (fls. 29-31).

A análise do trecho transcrito, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente, não se ajustam à orientação jurisprudencial desta Corte, uma vez que a **simples invocação da gravidade genérica do delito** não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública.

Acerca da **quaestio**, destaco o seguinte precedente do col. **Supremo Tribunal Federal**:

"PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – SUPOSIÇÃO. A custódia preventiva que vise a regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embará-la" (HC n. 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1º/8/2014).

Sobre o tema, ainda, os seguintes julgados desta **Corte Superior de Justiça**:

"[...] TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE DOS FATOS CRIMINOSOS E NA NECESSIDADE DE SE COIBIR A PRÁTICA

DE TAIS INFRAÇÕES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. PACIENTE PRIMÁRIA E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. LIMINAR DEFERIDA. CONFIRMAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, subsista, não basta que se indiquem abstratamente as hipóteses do art. 312 do CPP, devendo-se apontar os fatores concretos que levaram à sua decretação.

2. **Há constrangimento ilegal quando a preventiva encontra-se fundada na gravidade genérica dos fatos denunciados, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.**

3. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas.

4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a custódia preventiva da paciente, se por outro motivo não estiver presa, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos processuais" (HC n. 271.581/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 27/5/2014, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. VEDAÇÃO APRIORÍSTICA E GENÉRICA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. NULIDADE.

1. Matéria que não foi enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.

2. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da vedação apriorística e genérica prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

3. **É nula a decisão que decreta a prisão preventiva com base apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, sem fundamentação concreta.**

4. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, dado provimento para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante estabelecimento,

pelo juízo de primeiro grau, das medidas cautelares diversas da prisão que entender cabíveis, salvo se por outro motivo estiver preso" (RHC n. 39.351/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014, grifei).

Na mesma linha, os seguintes precedentes: AgRg no HC n. 278.766/SP, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 26/8/2014; RHC n. 39.351/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014; RHC n. 47.457/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 1º/9/2014; HC n. 275.352/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/9/2014.

Por esses motivos, **não conheço do presente habeas corpus.**

Contudo, concedo a ordem de ofício para confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

P. e I.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator