HABEAS CORPUS Nº 502.069 - SP (2019/0093412-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	MATEUS SOARES
ADVOGADO	:	MATEUS SOARES - SP283788
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE LUCAS DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

JOSÉ LUCAS DE SOUZA alega sofrer coação ilegal em seu direito de locomoção, diante de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no HC n. 2059714-90.2019.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006. Irresignado, impetrou habeas corpus perante a Corte de origem, que denegou a ordem. Também, interpôs apelação, ainda pendente de julgamento.

Na confusa petição, o impetrante pede, liminarmente, a concessão do direito de recorrer em liberdade ao paciente, ao argumento de que a prisão preventiva "foi decretada de forma arbitrária, sem fundamentação empírica, eivada de ilegalidade [...] persistindo mesmo após a respeitável sentença" (fl. 10).

Ainda, sustenta: a) ilegalidade na prisão em flagrante, porquanto efetuada por Guardas Municipais; b) incabível a majoração da pena com base no art. 40, III, da Lei de Drogas; c) o réu era menor de 21 anos ao tempo do suposto delito; d) necessidade de aplicação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 por ser o acusado apenas usuário; e) inquéritos e ações penais não podem ser considerados para fins de reincidência, de acordo com o art. 64, I, do Código Penal; f) a simples gravidade do delito não pode obstar a concessão de liberdade provisória ou de regime menos rigoroso; g) "O arcabouço probatório, não traduz de forma inequívoca a autoria e materialidade, o 'conatus', a ensejar de que o Paciente perpetuou o ilícito a ele imputado" (fl. 31, *sic*).

Decido.

Em análise perfunctória – inerente a este momento processual – noto que, com exceção dos questionamentos relativos ao regime de

cumprimento da sanção e à ilegalidade da prisão feita por Guardas Municipais, **as teses de mérito trazidas nessa impetração não foram analisadas pelo Tribunal *a quo***, de modo que é defeso a esta Corte Superior conhecer desses assuntos, sob pena de, se assim o fizer, incorrer em **supressão de instância**, óbice superável apenas em casos de flagrante ilegalidade, o que não observo nesta ocasião.

No tocante à ilegalidade da prisão em flagrante, a um primeiro olhar, a análise da matéria encontra-se superada, porquanto a custódia foi convertida em preventiva. Nesse sentido, cito o **RHC n. 91.748/SP**.

E, quanto ao regime de cumprimento da sanção, o pedido confunde-se com o próprio mérito do *mandamus*, motivo pelo qual deve ser analisado em momento oportuno, quando forem estudados os fundamentos embasadores do pleito.

Ademais, importante asseverar que, segundo pesquisa feita no sítio eletrônico do Tribunal paulistano, **o julgamento do apelo defensivo foi incluído na pauta de julgamento do dia 25/4/2019**. Dessa feita, percebo que as questões acima indicadas serão, em breve, objeto de acurado exame pela Corte estadual em recurso concebido para tanto, a afastar, por ora, a necessidade de intervenção desta Corte.

Por fim, consigno que, apesar de a defesa haver se insurgido, em seu habeas corpus originário, contra o indeferimento do recurso em liberdade na sentença, o acórdão recorrido foi silente nesse ponto, o que, em princípio, impediria a análise da questão pelo STJ, a fim de evitar a indevida supressão de instância.

Todavia, diante de flagrante ilegalidade, como a que constato no presente caso, a jurisprudência deste Superior Tribunal autoriza a superação do aventado óbice. Nesse sentido:

> [...]
> - Inexistindo análise da questão pelo órgão colegiado da Corte *a quo*, a apreciação da matéria diretamente por este Tribunal consiste em supressão de instância.
> - O Superior Tribunal de Justiça entende, entretanto, que o óbice pode ser superado em situações excepcionais, quando houver ilegalidade patente. [...] (**HC n. 363.360/RJ**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 16/11/2016)

Com efeito, ao indeferir o direito em questão ao réu, assim se manifestou o Magistrado sentenciante (fls. 176-177, grifei):

> **O réu permaneceu preso** em razão da conversão da prisão em flagrante em preventiva durante o decorrer do feito; tal fato, **aliado à pena imposta, regime inicial de cumprimento fixado, não substituição e a inexistência de qualquer alteração da situação que gerou a determinação de seu recolhimento cautelar**, indica que a situação atual deve ser mantida; anote-se, ainda, que a prisão deve ser mantida para assegurar a aplicação da lei penal, ante o acima exposto. Ademais, justifica-se a custódia cautelar, porquanto o tráfico de drogas deve ser reprimido severamente pelo Poder Judiciário, tendo em conta os malefícios indescritíveis que provoca na sociedade, impondo-se tratamento mais rigoroso.

Tendo em vista a referência feita pelo referido Juízo ao decreto preventivo, transcrevo-o, para melhor análise (fl. 95, destaquei):

> Pelo MM. Juiz foi dito que: Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a manutenção do acusado no cárcere é medida que se impõe a fim de se garantir a ordem pública, máxime **perante a sociedade local e diante da situação atual do País, em que tanto se discute a questão da impunidade, sendo prematura a liberação sem a disseminação dos efeitos da conduta perpetrada**. Vale citar: "... o conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de atos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão... " (Processo Penal - ed. Atlas - Júlio Fabrini Mirabete). Desta feita, observadas as disposições do art. 312 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, com fulcro no art. 310 do Código de Processo Penal, ressalvando, por ora, a inadequação das medidas cautelares diversas da prisão ante o acima exposto.

Pelos trechos reproduzidos, verifico que, tanto a decretação da custódia cautelar do paciente, quanto o indeferimento do direito de recorrer em liberdade foram **baseados na gravidade abstrata do delito de drogas**, sem o apontamento de elementos concretos dos autos a evidenciarem, efetivamente, que ele, solto, possa colocar em risco a ordem

pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

Assim, uma vez que o delito não envolveu violência ou grave ameaça contra a pessoa, bem como que, apesar de haver notícias de reincidência do paciente, tal argumento não foi utilizado em momento algum para fundamentar a prisão, e, ainda, que a quantidade de droga apreendida não foi exacerbada (segundo a denúncia, o insurgente foi flagrado com 8,3 g de cocaína e 6,9 g de crack), entendo configurados os requisitos que justificam o deferimento da medida de urgência, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

À vista do exposto, **defiro a liminar** apenas para assegurar ao acusado que **aguarde em liberdade o esgotamento da instância ordinária**, devendo ser colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Fica, no entanto, ressalvada a possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade, ou de imposição de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de origem, solicitando-se-lhes o envio de notícias atualizadas acerca da ação penal, com informações, em especial, sobre o julgamento da apelação, tudo, via malote digital.

Em seguida, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**