HABEAS CORPUS Nº 502.322 - SP (2019/0094604-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	ROGERIO AUGUSTO GONCALVES E OUTRO
ADVOGADOS	:	OTÁVIO ALVES GARCIA - SP035442
		ROGÉRIO AUGUSTO GONÇALVES - SP245508
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WENDER MARCOS FERNANDES NUNES (PRESO)

DECISÃO

O paciente acoima de ilegal acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* no Habeas Corpus n. 2022037-26.2019.8.26.0000, em que **foi mantida sua prisão preventiva**.

Cautelarmente segregado desde 8/1/2019 pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, **requer a revogação da medida cautelar máxima**, porquanto "o acórdão não indica fatos concretos da necessidade da prisão cautelar do Paciente para garantir a instrumentalidade do processo penal e, muito menos, explicita fundamentos para afastar a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão" (fl. 5).

Decido.

Não há dúvidas de que o deferimento da medida cautelar é excepcional, cabível apenas em hipóteses de flagrante ilegalidade e em que evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Da análise dos autos, **vislumbro** manifesto constrangimento ilegal a ensejar o deferimento da medida de urgência.

Com efeito, consoante narrado pela Corte de origem,

> [...]
> O paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, caput, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, porque, segundo consta, no dia 08 de janeiro de 2019, por volta das 19:00 horas, na Rua Antonio Girardi, nº 100, Condomínio Mônaco, bairro Luiz Spina, cidade e comarca de Barretos SP, **trazia consigo, nas imediações de entidade de saúde e**

> **de estabelecimento de ensino, para entrega ao consumo de terceiros, 14 (quatorze) eppendorfs de cocaína, com peso de 17 g (dezessete gramas), e 01 (uma) porção de maconha, com peso de 47 g (quarenta e sete gramas)**, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar [...] (fls. 13-14, destaquei).

Ao fundamentar a necessidade de imposição da medida cautelar máxima, ou em outras palavras, ao delinear o *periculum libertatis*, o Tribunal de Justiça limitou-se a invocar alegações genéricas sobre a gravidade do tráfico de drogas e demais crimes hediondos. Confira-se:

> [...]
> Forçoso admitir que Wender foi preso em situação que faz presumir ser o autor do crime de tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo e, embora tenha sido julgado inconstitucional o artigo 44 da Lei nº 11.343/03, pelo Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP), que vedava a concessão de liberdade provisória aos praticantes dos crimes descritos nesse Diploma Legal, **a conduta a ele imputada é grave e as circunstâncias do crime indicam comportamento voltado ao delito, não sendo recomendado sua colocação em liberdade para que não haja risco à instrução criminal, à aplicação da Lei Penal e a segurança da ordem pública e social**.
> [...] em termos de resposta penal e política pública de repressão ao ilícito, a previsão legal que proíbe a liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados funciona não só como coibidor da prática habitual de delitos dessa natureza, mas também como elemento de diferenciação daqueles que praticam atos ilegais merecedores de maior reprovação, como medida necessária e suficiente para a prevenção, principalmente quando há balizamento constitucional nesse sentido.
> [...]
> É importante frisar que a liberdade provisória é uma faculdade atribuída ao Juiz, que decidirá de sua aplicação em cada caso concreto mediante prudente arbítrio. Não é um direito impostergável do réu.
> [...]
> Ressalto que **o Magistrado, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, consignou que há indícios da**

> **autoria do crime de tráfico de drogas, delito grave, sendo que as medidas cautelares mostram-se inadequadas e insuficientes, sendo necessário o cárcere para a garantia da ordem pública**.
> Com efeito, a manutenção do paciente no cárcere é acertada; os requisitos da custódia preventiva estão presentes e a segregação significa a salvaguarda da ordem pública, razão pela qual não há se falar, neste momento, em aplicação de medidas cautelares diversas da prisão [...] (fls. 18-27, grifei).

Outra não é leitura que também se faz dos termos empregados pelo decreto preventivo, no qual o Juízo singular asseverou que:

> [...] **O crime de tráfico é gravíssimo, equiparado a hediondo e que diuturnamente vem assolando e preocupando a população desta e de outras cidades da região**. Referido delito é punido com pena máxima que suplanta os cinco anos de reclusão. Tal fato, aliado à gravidade concreta do delito e às circunstâncias que cercam a suposta prática da infração penal autoriza e impõe verdadeiramente a convolação da prisão em flagrante dos autuados em prisão preventiva para garantir-se a ordem pública. **A população local vive às voltas atualmente com o aumento da criminalidade e frequentemente se vê nas ruas em sentimento de descrédito com o Poder Judiciário e os demais poderes constituídos**. A credibilidade da justiça se abala a cada dia. As drogas vêm sendo disseminadas sem que o Estado seja capaz de agir de forma eficaz para debelá-las do seio da sociedade. Nesta conjuntura, urge que se mantenham no cárcere indivíduos acusados da prática do delito de tráfico como forma de evitar a propagação da distribuição de entorpecentes e como forma de satisfazer o anseio de toda uma comunidade preocupada com o crescimento sadio de seus filhos. [...] O caso dos autos não pode ser analisado apenas com base na quantidade de entorpecente apreendido em poder dos autuados, mas com base nela, indicativa da destinação do tráfico, mormente em razão da forma de acondicionamento e do local da prisão, conhecidíssimo nessa cidade como verdadeiro antro de disseminação de entorpecentes, completamente dominado por traficantes que, uma vez presos, não tardam a ser substituídos por outros que se prestam a continuar

> disseminando na sociedade esse nefasto produto causador de dependência, e também nos demais elementos de convicção que indicam o envolvimento deles com o comércio espúrio de drogas. Diante desta conjuntura tenho como certo que soltura dos autuados nesta quadra ameaçará de forma irremediável a ordem pública. Desse modo, ressalta-se também que nenhuma outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP terá o condão de conciliar a soltura deles com necessidade de garantia da ordem pública, de modo que nenhuma delas pode vir a substituir a prisão necessária [...] (fls. 52-53, destaquei).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que "a custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal" (**RHC n. 47.588/PB**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/8/2014).

A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas –, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

Apoiado nessa premissa, verifico que, a um primeiro olhar, não se mostram suficientes as razões invocadas pelo Juízo singular para **justificar a imprescindibilidade da decretação da prisão preventiva** do ora paciente, porquanto deixou de contextualizar adequadamente a necessidade cautelar de sua segregação. **A despeito da menção à diversidade de entorpecentes apreendidos – a saber 17 g de cocaína e 47 g de maconha – tal monta não denota, per si, a habitualidade da conduta delitiva, tão pouco a periculosidade do paciente**.

A prevalecer a argumentação dessa decisão, todos os crimes de tráfico de drogas ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

A argumentação do magistrado, relativamente aos efeitos

sociais deletérios das drogas, não é equivocada. Todos com ela concordam, pois a sociedade brasileira está cada vez mais violenta e as pessoas se sentem inseguras e impotentes, temerosas de serem vítimas de crimes tão corriqueiros nas vias urbanas e mesmo rurais, muitos derivados da traficância de drogas. Porém, ao transportar-se o discurso para o terreno do processo penal, ele legitima a prisão cautelar apenas se evidenciado que no caso examinado é possível fazer o prognóstico de que o investigado ou réu voltará a delinquir ou que irá perturbar a instrução ou mesmo furtar-se à aplicação da lei penal, não bastando, para tanto, invocar a modalidade criminosa que lhe é atribuída, sob pena de se institucionalizar a prisão preventiva obrigatória, automática, decorrente de todo crime hediondo.

À vista do exposto, **concedo a medida liminar** para assegurar ao paciente que aguarde em liberdade o julgamento final deste habeas corpus ou o esgotamento das instâncias ordinárias, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

Comunique-se, **com urgência**.

Solicitem-se informações ao Juízo de primeiro grau – a quem se encarece relato sobre o andamento do feito e sobre a persistência dos motivos da cautela adotada – e à autoridade inquinada coatora sobre os fatos alegados na inicial.

Prestadas as informações, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**