RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 106.286 - SP (2018/0327585-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : ALISSON MATEUS PACHECO LOURENCO (PRESO)
ADVOGADO : DEISE DOS SANTOS NASCIMENTO - PR083035
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06, E ART. 12, *CAPUT*, DA LEI Nº 10.826/03. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A PRISÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. NOVEL TÍTULO PRISIONAL. CUSTÓDIA RESPALDADA EM NOVOS FUNDAMENTOS. PEDIDO RECURSAL JULGADO PREJUDICADO.

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário constitucional em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por ALISSON MATEUS PACHECO LOURENÇO, em que consta como Recorrido o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em 28/06/2018, o Recorrente foi preso em flagrante, em razão da conduta que posteriormente ensejou sua denúncia pelos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, e 12 da Lei n.º 10.826/03, em concurso material de crimes. Conforme os autos, o Agente "*tinha em depósito, para fins de tráfico, 956,95 gramas de cocaína prensada na forma de tijolo, uma porção de cocaína a granel pesando 20,40 gramas, uma porção a granel de maconha pesando 377,40 gramas, 113 (cento e treze) pedras de crack embaladas em plástico transparente pesando 21,36 gramas, bem como 02 carteias com 613 unidades de LSD*" (fl. 50). O Juiz de primeiro grau converteu a segregação em prisão preventiva.

Contra essa decisão foi impetrado pela Defesa *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 2174370-94.2018.8.26.0000), cuja ordem foi denegada em 20/09/2018, nos termos da seguinte ementa (fl. 137):

> "*HABEAS CORPUS - Tráfico de entorpecentes - Prisão Preventiva - Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar - Não verificada - Decisão suficientemente fundamentada - Presença dos requisitos autorizadores para a decretação da segregação cautelar (*fumus comissi delicti *e* periculum libertatis*), de acordo com o*

artigo 312 do CPP - Pretensão a concessão de prisão domiciliar por motivo de doença - Prejudicado - Paciente transferido para unidade hospitalar - Ordem denegada."

Nas presentes razões, o Recorrente alega que:

a) "a decisão de primeiro grau carece de motivação substancial, conforme determina o art. 93, IX, da Constituição" (fl. 153)*;*

b) o "Magistrado não indicou qual dos elementos do artigo 312 se busca assegurar com a manutenção da preventiva" (fl. 155)*;*

c) "não há demonstração, além da materialidade e indícios suficientes de autoria que demonstre qual a necessidade excepcional que outra medida cautelar não possa assegurar" (fl. 157);

d) não há, "no caso concreto, nenhum outro elemento, a não ser a própria conduta descrita no tipo penal dos crimes pelos quais responde o Paciente, como elemento hábil a indeferir o pedido de substituição da privação de liberdade por outra medida cautelar" (fl. 158);

e) ocorre violação do princípio da proporcionalidade; e

f) o Tribunal recorrido incorreu em reforço de argumentação ao denegar o writ.

Requer, liminarmente e no mérito, seja determinada a expedição de alvará de soltura, mediante a aplicação de uma das medidas cautelares diversas da prisão.

Indeferi a liminar às fls. 220-223.

As informações foram prestadas pelo Juiz de primeiro grau às fls. 231-232 e pelo Tribunal *a quo* à fl. 241, ambas acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 252-255, assim ementado (fl. 252):

"*RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.*"

É o relatório. Decido.

No presente recurso, alega-se, em suma, constrangimento ilegal pela ausência dos requisitos da prisão preventiva.

Todavia, a pretensão está prejudicada.

Na decisão que converteu o flagrante em prisão provisória, o Magistrado

de primeiro grau consignou o que se segue (fl. 35):

> "[...] *não há como descurar que, tal como constatado pela d. autoridade policial, a existência de prévia investigação (a localização das drogas e armamento se deu em cumprimento a mandado judicial de busca e apreensão - cf. fls. 1), a variedade e quantidade relevante do entorpecente apreendido - 01 (um) tijolo de cocaína, pesando 956,45g, 01 (uma) porção de cocaína, pesando 20,402, 01 (uma) porção a granel de maconha, pesando 377.40g, 113 (cento e treze) pedras de 'crack', pesando 21,36 g. 02 (duas) cartelas com 613 unidades de LSD (ácido lisérgico dietilamida - aliado à apreensão concomitante de 129 supositórios vazios e 118 saquinhos plásticos, além de 2 balanças digitais, sinalizam, em tese, para a traficância e recomendam a manutenção da custódia cautelar como forma única de se fazer cessar essa atividade ilícita, mormente nas proximidades de uma escola, tal como apontado pela policia.*"

Ocorre que, em consulta ao *site* do Tribunal impetrado na *internet*, constatei que em 12/03/2019 foi lançado andamento que publiciza a sentença de primeiro grau, em que o Recorrente foi condenado "*como incursos nas sanções do art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, e art. 12, "caput" da Lei nº 10.826/03, todos c.c. art. 69 do Código Penal, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 dias-multa, e 1 ano de detenção, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, respectivamente*".

Na ocasião, não foi reconhecido o seu direito de recorrer em liberdade, sob a seguinte motivação, *in litteris*:

> "*Veda-se ao réu o apelo em liberdade, já que respondeu o processo preso e sua soltura agora, após ser condenado, seria verdadeiro contrassenso. Imperioso o encarceramento para fazer valer a aplicação da lei penal. Neste sentido: 'Não há lógica em permitir que o réu, preso (...) durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar' (STF HC nº 89.824/MS Rel. Ministro Ayres Britto Dje.28.08.2008; STJ RHC nº 34.998/RJ Rel. Ministro Jorge Mussi Dje 20.03.2013). Mantida a custódia cautelar nesta sentença, resta prejudicado pleito formulado pela defesa em audiência. O fato de ser o agente primário não é efeito automático desse benefício, que deve ser reservado apenas aos crimes de menor gravidade e que não provoquem alarma social, ao contrário do que ocorre com o tráfico de entorpecentes, delito equiparado aos hediondos e de gravidade singular. Recomende-se no estabelecimento prisional em que se encontra recolhido.*"

Com efeito, constato que o título que ora justifica a segregação do Recorrente **agregou novo fundamento** ao decreto prisional pretérito, qual seja, **de que é** "*imperioso o encarceramento para fazer valer a **aplicação da lei penal***" (sem grifos no original). Ocorre que esse ulterior título judicial respalda a custódia cautelar do Condenado com motivação diversa da decretação originária – **lastreada essencialmente na quantidade e variedade de drogas**.

Vê-se, dessa forma, que as razões anteriormente consignadas para legitimar a segregação, idôneas ou não, foram complementadas pelo superveniente fundamento, que ainda não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem.

Assim, a verificação de eventual constrangimento ilegal, pelo desatendimento ao texto legal citado, por se tratar de novo título, em que foram agregados novos fundamentos, deve ser postulada perante a Corte competente. Não pode este Tribunal Superior adiantar-se em tal análise, sob pena de indevida supressão de instância (Constituição da República, art. 105, inciso II, alínea *a*).

Nesse sentido, destaco o precedente a seguir, *mutatis mutandis*:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM* HABEAS CORPUS. *CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. FORMAÇÃO DE NOVO TÍTULO. REALIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL ALTERADA. PREJUDICIALIDADE DA QUESTÃO SUSCITADA NO RHC. PRECEDENTES.*
>
> *1.* ***A partir da sentença, a prisão cautelar, se mantida, decorre de novo título judicial. Assim, é em face desse novo contexto que se deve indagar sobre os requisitos da segregação cautelar.***
>
> *2. Prevalece no âmbito da Sexta Turma desta Corte o entendimento no sentido de que constitui novo título a expedição de sentença condenatória que mantenha a custódia preventiva, mesmo que não lance mão de novos fundamentos para a manutenção daquela. Precedentes. (EDcl no RHC n. 78.448/MG, Sexta Turma, DJe 23/3/2017).*
>
> *3. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no RHC 94.324/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018, sem grifos no original.)

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO o pedido recursal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora