HABEAS CORPUS Nº 502.441 - SP (2019/0095022-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	LEO CRISTIAN ALVES BOM
ADVOGADO	:	LEO CRISTIAN ALVES BOM - SP268276
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DAVID TASSANI OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar interposto em favor de DAVID TASSANI OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual denegou a ordem pretendida no *Writ* n.º 2036447-89.2019.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente nos autos da ação penal em que foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que inexiste fundamentação idônea para justificar o decreto e a manutenção da custódia cautelar do paciente, porquanto a medida estaria baseada na gravidade abstrata do delito denunciado, reputando ausentes os requisitos autorizadores da preventiva, elencados no art. 312 do CPP.

Defende que não ficou demonstrado com base em elementos concretos de que forma, em liberdade, o acusado poderia causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal.

Afirma ser o paciente primário e possuir ocupação lícita, predicados que lhe autorizariam a responder ao processo em liberdade.

Alega que a substituição do encarceramento pela liberdade provisória, mediante imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, mostra-se possível e plenamente suficiente, no presente caso.

Por fim, argumenta que, caso seja condenado, o paciente poderá se beneficiar com cumprimento da pena em regime mais brando que o fechado, motivo pelo qual estaria demonstrada a desproporcionalidade da custódia na hipótese dos autos.

Requereu, liminarmente e no mérito, a concessão de *habeas corpus* para que fosse revogada a prisão preventiva do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela concessão, de ofício, da ordem (e-STJ fls. 324-329).

É o relatório.

Inicialmente, deve-se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no art. 102, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este

Superior Tribunal de Justiça a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal.

Compulsando os autos, constata-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 19-2-2019**, convertida a segregação em preventiva e foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* da Lei n.º 11.343/2006, porque, comparsaria com outros três corréus, guardava e tinha em depósito, para fins de comércio ilícito, 1 (um) tijolo e 34 (trinta e quatro) porções de maconha prontas para a distribuição.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que:

> *Segundo apurado, na data dos fatos, os milicianos estavam realizando uma operação policial nesta cidade, quando receberam denúncia de que indivíduos estariam embalando drogas na residência de TIAGO DE OLIVEIRA ALEXANDRINO, localizada no endereço acima mencionado e já conhecido como ponto de venda de drogas. Diante disso, os policiais militares se dirigiram à casa indicada.*
> *Chegando ao local, os milicianos puderam ver, através de uma cerca de bambu inacabada, um indivíduo trajando camiseta azul e bermuda de fronte a porta da cozinha, sendo que este, ao perceber a chegada dos policiais, rapidamente adentrou o imóvel gritando "molhou, molhou".*
> *Então, diante dessa atitude suspeita, os policiais decidiram ingressar no imóvel e, já no seu interior, se depararam com cinco indivíduos correndo para os fundos de um quarto, que possuía uma janela que dava acesso a um terreno, tentando evadir-se.*
> *Na oportunidade, apenas três deles puderam ser capturados: RAFAEL, EVERTON e DAVID; os outros dois, TIAGO e um indivíduo desconhecido que trajava bermuda e camiseta azul, lograram êxito na fuga pela janela.*
> *Os policiais puderam ver que, no momento em que pulou a janela, TIAGO acabou deixando cair uma "muca" de maconha no chão do terreno.*
> *Na ocasião, RAFAEL, EVERTON e DAVID confirmaram que ali era a residência do TIAGO. Submetidos a busca*

> *pessoal, em poder de RAFAEL foi encontrada a quantia de R$ 10,00 reais em cédulas de R$ 02,00, com DAVID foi apreendido um telefone celular, e com o EVERTON nada foi localizado.*
> *Nas buscas pela residência, os policiais lograram em localizar, no quarto, em uma das gavetas do guarda-roupas, R$ 164,00, sendo que na mesma gaveta foram vistos documentos pessoais de TIAGO.*
> *No chão da sala havia um prato plástico contendo resquícios de droga, 03 porções maconha e uma faca e ao lado, existam 02 "mucas", contendo 09 porções de maconha, cada, bem como 01 tijolo, também de maconha; no local também apreenderam um telefone celular pertencente a RAFAEL.*

Verifica-se que o Juízo primevo converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente, notadamente a bem da ordem pública, dada a gravidade concreta das condutas perpetradas, evidenciada pois *"a polícia recebeu denúncia de que alguns indivíduos estariam na residência de TIAGO embalando drogas [...] valendo ressaltar ter sido apreendido um tijolo de maconha a granel, uma faca e um prato com resquícios de droga, a indicar a ocorrência da preparação da droga"* (e-STJ fl. 27).

Inconformada, a defesa ingressou com *habeas corpus* perante o Tribunal local, que, por sua vez, considerando suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, mantendo a prisão preventiva do paciente, sobretudo como forma de acautelar a ordem pública, fragilizada diante da gravidade concreta da infração, destacando que *"em se tratando de crime grave, nem mesmo eventual primariedade e alegação de possuir residência fixa e ocupação lícita têm o condão, por si sós, de conferir ao suplicante direito à liberdade provisória"* (e-STJ fl. 22).

Sopesou a Corte estadual, na ocasião, que *"a gravidade concreta do crime (grande quantidade de droga apreendida) e as circunstâncias do fato, aliadas à existência de requisitos previstos no artigo 312,* caput, *do Código de Processo Penal, recomendam, neste caso, a adoção da medida extrema, com vistas a garantir a efetividade e a finalidade do processo penal"* (e-STJ fl. 23).

Consignou, na sequência, insuficientes e inadequadas as medidas cautelares diversas do encarceramento, porquanto *"incompatíveis com a hediondez do crime de tráfico de drogas"* (e-STJ fl. 23).

Por fim, ponderou o Colegiado *a quo*, mencionando julgado do Superior Tribunal de justiça, que não se poder alegar a desproporcionalidade da medida extrema, porquanto *"inadmissível, em habeas corpus, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta"* (e-STJ fl. 24).

Delineado o panorama fático probatório, quanto aos fundamentos autorizadores da constrição processual, imperioso reconhecer que inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que a custódia cautelar se encontra devidamente justificada na espécie, à luz do art. 312 do CPP, mostrando-se necessária para a preservação, especialmente, da ordem e saúde públicas, fragilizadas diante das graves circunstâncias

adjacentes ao evento criminoso denunciado.

Como orienta a doutrina, a prisão preventiva pode ser ordenada *"para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade. [...] A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública", "quando se tutelará, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa"*, deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do crime cometido e da personalidade do agente (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, *Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012).

Na hipótese, constata-se que, o ora paciente foi flagrado por policiais militares, depois de receberem denúncia anônima, em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, juntamente com outros três corréus, **guardando 1 (um) tijolo e 34 (trinta e quatro) porções de maconha**, pesando pouco mais de 500 (quinhentos) gramas (e-STJ fls. 46-47), além disso, parte do material tóxico **já estava embalado em diversas porções individuais, prontas para a revenda**.

Tais circunstâncias denotam dedicação do acusado à narcotraficância, mostrando que a manutenção da sua prisão preventiva se encontra justificada e é realmente necessária para preservar a ordem pública e, consequentemente, acautelar o meio social.

Patenteadas, no caso, a potencialidade lesiva da infração e a periculosidade social do paciente, porque a quantidade de drogas capturadas na ocasião em flagrante seria apta a atingir grande número de usuários caso fosse colocada em circulação, indicando habitualidade no comércio proscrito e a probabilidade concreta de continuidade no cometimento da referida infração, caso seja libertado. Ou seja, bem demonstrado o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar.

No tráfico de entorpecentes, a periculosidade social do agente pode ser aferida pelas circunstâncias em que se deu a ação criminosa, da qual se pode concluir, ainda, se há ou não risco de reiteração delitiva.

Não se trata de presumir a periculosidade do agente, ou mesmo a probabilidade da prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta, mas de avaliar a periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constritiva pelas circunstâncias que cercaram o delito.

Excluir essa avaliação do julgador, ou mesmo entender que a descrição da forma como ocorreu o crime seria apenas uma tradução da conduta intrínseca ao tipo penal violado, como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, não se mostra consentâneo com a cautelaridade do instituto da prisão preventiva.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em que: *"O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria"* (RHC 106.697, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em

03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012).

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA (RÉU PRESO COM CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA E BALANÇA DE PRECISÃO). PERICULOSIDADE SOCIAL. RISCO DE REITERAÇÃO. RÉU QUE REGISTRA ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> ***3. Caso em que a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal para garantia da ordem pública em razão da periculosidade social do paciente, evidenciada (i) pelas circunstâncias concretas extraídas do flagrante - ser surpreendido na posse de considerável quantidade de droga (158,26g de maconha), bem como de balança de precisão** -; e (ii) pela necessidade de interrupção da atuação criminosa, diante da aparente renitência na prática delitiva, pois o réu registra prática de atos infracionais. A prisão cautelar do paciente está justificada, portanto, para a garantia da ordem pública. Precedentes.*
> *[...]*
> *6. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 475.788/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 18/12/2018)*
>
> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO.*
> *[...]*
> ***2. A prisão preventiva foi adequadamente motivada para garantia da ordem pública, tendo sido demonstrada a gravidade concreta da conduta e a periculosidade dos recorrentes, evidenciadas pela natureza, variedade, quantidade da drogas***

> ***apreendidas - 15,8g de crack, 814g de maconha e 286 pinos de cocaína -, o que somado às circunstâncias do crime, considerando a forma de acondicionamento das drogas, grande parte escondida entre os pertences de uma criança, filha de Marcela, revela risco ao meio social.*** *Ainda, a prisão de Marcela também se justifica para evitar a reiteração na prática delitiva, uma vez que é reincidente específica, e estava no gozo de prisão domiciliar, o que revela a propensão à continuidade das condutas delitivas.*
> *3. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.*
> *[...]*
> *6. Recurso em habeas corpus desprovido.*
> *(RHC 104.213/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018)*

Registre-se ainda que, consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, as alegadas condições pessoais favoráveis, mesmo que comprovadas, não têm o condão de desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema, tal qual ocorre nesta demanda.

Nesse sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CUSTÓDIA PREVENTIVA. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DO ESTADO FLAGRANCIAL. IRREGULARIDADE SUPERADA PELA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.*
> *[...]*
> ***5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.***
> *6. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.*
> *(RHC 98.538/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)*
>
> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). SEGREGAÇÃO*

> *DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ARGUMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.*
> *[...]*
> ***3. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.***
> *[...]*
> *5. Recurso ordinário desprovido.*
> *(RHC 101.548/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, Dje 19/12/2018)*

Ainda, concluindo-se pela imprescindibilidade da preventiva, fica clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal **dada a excessiva periculosidade social do agente**, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para o acautelamento da ordem pública, diante da presença do *periculum libertatis*, bem demonstrado na espécie.

Como reiteradamente vem decidindo esta Corte Superior: *"Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública"* (RHC 100.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018).

De mais a mais, não se pode dizer que a medida é desproporcional em relação a eventual condenação que poderá sofrer ao final do processo que a prisão visa acautelar, pois não há como, em *habeas corpus*, concluir que ao réu será imposto regime menos gravoso que o fechado ou deferida a substituição de penas, especialmente em se considerando as particularidades do delito denunciado.

Destacam-se os seguintes precedentes, com idêntico entendimento:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO Código de Processo Penal OBSERVADOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. INOCORRÊNCIA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO.*
> *[...]*
> *IX - **Não cabe a esta Corte examinar eventual pena a ser futuramente fixada em caso de possível condenação, usurpando***

> ***função do magistrado competente para apreciação do conjunto dos fatos carreados aos autos, a fim de verificar possível constrangimento ilegal pela desproporcionalidade da prisão preventiva.***
> *[...]*
> *Recurso em habeas corpus desprovido.*
> *(RHC 108.054/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)*
>
> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE.*
> *[...]*
> *5. **Não cabe a esta Corte proceder com juízo intuitivo e de probabilidade para aferir eventual pena a ser aplicada, tampouco para concluir pela possibilidade de fixação de regime diverso do fechado e de substituição da reprimenda corporal, tarefas essas próprias do Juízo de primeiro grau por ocasião do julgamento de mérito da ação penal (precedentes).***
> *6. Ordem denegada.*
> *(HC 476.586/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 08/03/2019)*

Nesse contexto, demonstrados os pressupostos e os motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente inadmissível, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Após ciência do Ministério Público Federal, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro **Jorge Mussi**
Relator