

HABEAS CORPUS Nº 497.821 - SP (2019/0068943-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ADENIRENE OLIVEIRA CARVALHO E OUTRO
ADVOGADOS : SIDNEY LUIZ DA CRUZ - SP231819
ADENIRENE OLIVEIRA CARVALHO - SP410107
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO FERREIRA DE LIMA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar interposto em favor de DIEGO FERREIRA DE LIMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual denegou a ordem pretendida no *Writ* n.º 2257303-27.2018.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente nos autos da ação penal em que foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que inexistente fundamentação idônea para justificar o decreto e a manutenção da sua custódia cautelar, porquanto a medida estaria baseada na gravidade abstrata do delito denunciado, reputando ausentes os requisitos autorizadores da preventiva, malferindo o disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

Defendem que não ficou demonstrado com base em elementos concretos de que forma, em liberdade, poderia causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, além de reputar ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do CPP.

Afirmam ser o paciente primário, possuir residência fixa e ocupação lícita, predados 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.

Requeru, liminarmente, fosse deferido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento deste remédio constitucional. No mérito, postula pela concessão da ordem, garantindo a liberdade provisória ao paciente, com imposição das medidas alternativas diversas do encarceramento.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas (e-STJ fls. 101-102 e 129-131).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão do *habeas corpus*, de ofício, sem prejuízo de que nova prisão seja decretada com fundamentação idônea (e-STJ fls. 182-185).

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 de Justiça.

Compulsando os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 24-7-2018**, convertida a segregação em preventiva e foi sentenciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque foi surpreendido transportando, para entrega a terceiros, 1.070 gramas de cocaína, distribuídos em 892 microtubos *Eppendorf*; 122 gramas de cocaína, distribuídos em 300 porções embaladas à vácuo; 867 gramas de maconha, distribuídos em 388 porções; e 155 gramas de *skunk*, distribuídos em 30 porções.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que:

Segundo consta, o denunciado, vindo do município de São Paulo, transportava a expressiva quantidade e espécies de drogas acima descritas, ocultas em um compartimento secreto disposto no painel do veículo Honda Fit, Placa EIX 1260, cor cinza, que ostentava placas falsas, oportunidade em que visva abastecer um conhecido ponto de droga conhecido como boca de tráfico do B.A., contudo, quando já estava próximo ao local, foi abordado por policiais civis, os quais desconfiaram de sua conduta, considerando, sobretudo, que os vidros do veículo estavam integralmente lacrados com insulfim, impossibilitando a visualização de seu interior. (e-STJ fls. 166-167)

Verifica-se que, no dia 25-7-2018, o Juízo primevo converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente, notadamente a bem da ordem pública, dada a gravidade concreta da conduta perpetrada, entendendo que *"a dinâmica dos fatos, aliada à grande quantidade de psicotrópico apreendida, bem como a aventada habitualidade de sua prática"* (e-STJ fl. 66).

Assinalou o Magistrado singular, na ocasião: *"Pelos mesmos fundamentos, observo não ser viável a substituição da prisão preventiva por nenhuma das hipóteses listadas no art. 319 do Código de Processo Penal"* (e-STJ fl. 66).

Inconformada, a defesa ingressou com *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que, por sua vez, considerando suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem para manter a prisão preventiva do paciente, sobretudo como forma de acautelar a ordem pública, fragilizada diante da gravidade concreta da infração e da expressiva quantidade de droga apreendida, consignando que *"a gravidade da conduta imputada ao paciente é particularmente aguda, considerando-se a grande quantidade e natureza das drogas apreendidas, acentuadamente perniciosas"* (e-STJ fl. 84).

Ponderou o Colegiado estadual, por derradeiro: *"Imprescindível a*

segregação, não se apresenta a possibilidade de sua substituição por medidas cautelares diversas, as quais, no presente caso, revelam-se inadequadas, dada a gravidade concreta dos fatos imputados ao paciente, mostrando-se irrelevante o fato de ele ser primário, possuir residência fixa e ocupação lícita" (e-STJ fl. 85).

Merece destaque que, no dia 2-4-2019, foi proferida sentença, onde o ora paciente findou condenado à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343.2006, enfatizando o Togado primevo, naquele momento, que *"presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, ante os fundamentos elencados na decisão de fls. 47/51, não reconheço ao acusado o direito de recorrer em liberdade, recomendando-se-o no ergástulo em que se encontra até o trânsito em julgado"* (e-STJ fl. 116).

Delineado o contexto fático probatório, quanto aos fundamentos autorizadores da constrição processual, imperioso reconhecer que inexistente 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 da 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 tutelar, 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).

Com efeito, **a quantidade de entorpecente apreendido e a forma de acondicionamento** – 1.070 gramas de cocaína, distribuídos em 892 microtubos Eppendorf; 122 gramas de cocaína, distribuídos em 300 porções embaladas à vácuo; 867 gramas de maconha, distribuídos em 388 porções; e 155 gramas de skunk, distribuídos em 30 porções – bem como as demais particularidades do delito denunciado – **em que o paciente transportava a droga entre dois municípios para abastecer notório ponto de tráfico** – são circunstâncias que denotam dedicação do acusado à narcotraficância, mostrando que a manutenção da sua prisão preventiva se encontra justificada, é realmente necessária para preservar a ordem pública e, conseqüentemente, 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 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).

Confirmam-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)

Assim, verificando-se que agora há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais do apenado, julgando-se necessária a manutenção da prisão preventiva, e constatando-se que permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, não se vislumbra ilegalidade a ser sanada de ofício por este Superior Tribunal, sobretudo em se considerando que a Corte originária ainda não se manifestou sobre essa nova decisão.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RÉU CONDENADO À PENA DE 11 ANOS, 3 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. REINCIDENTE. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. É da jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal a permissividade de se negar ao acusado o direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os

motivos para a segregação preventiva, mormente em relação ao réu que se manteve preso durante a persecução penal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 290.770/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. SÚMULA 691/STF. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NA DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. "Não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva" (HC 396.974/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017).

4. As possíveis ilegalidades apontadas pela defesa, aptas à mitigação da mencionada Súmula e a justificar manifestação antecipada deste Superior Tribunal de Justiça, não foram verificadas em exame perfunctório próprio do momento processual de apreciação da liminar.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 418.316/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)

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).

Dessa forma, presentes os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal a ser sanado de ofício por este Superior Tribunal quanto ao ponto.

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), 07 de junho de 2019.

Ministro **Jorge Mussi**
Relator