

HABEAS CORPUS Nº 510.526 - SP (2019/0138833-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : GLEIDMILSON DA SILVA BERTOLDI
ADVOGADO : GLEIDMILSON DA SILVA BERTOLDI - SP283043
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FELIPE SOUZA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ FELIPE SOUZA SILVA, contra r. **decisum** de em. Desembargador do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que indeferiu a liminar pleiteada em **writ** naquela Corte impetrado.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, **em tese**, do delito de tráfico de drogas.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** junto ao eg. Tribunal **a quo**, pugnando pela revogação da prisão preventiva. A liminar, foi indeferida, conforme fls. 40-44.

Dáí o presente **habeas corpus**, no qual alega o impetrante, em síntese, a necessidade de afastamento do óbice imposto pela Súmula n. 691/STF, ante a ilegalidade na prolação da decisão.

Alega, nesse sentido, que não há fundamentação concreta e idônea na decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva com a aplicação de medidas cautelares diversas.

Liminar **concedida** às fls. 142-145.

Informações prestadas, às fls. 148-152.

O Ministério Público Federal, à fl. 157, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer não ementado.

É o relatório. **Decido.**

Cumprе salientar, inicialmente, que o presente **writ** investe contra decisão proferida em sede de liminar.

De acordo com entendimento firmado por esta eg. Corte Superior, não se admite, em princípio, a impetração de **habeas corpus** contra decisão que denega pedido liminar nos autos de **writ** impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, a teor da Súmula 691/STF, que dispõe, **verbis**: "*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de **habeas corpus** impetrado contra decisão do Relator que, em **habeas corpus** requerido a tribunal superior, indefere a liminar*".

Por outro lado, ainda conforme orientação deste eg. Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice (v.g.: HC n. 286.426/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 9/6/2014; HC n. 282.253/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 25/4/2014; HC n. 282.842/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 10/4/2014).

Cumprе ressaltar ainda que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constitutiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta Corte Superior: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

No caso em tela, **não houve a devida fundamentação** apta a justificar, em princípio, a manutenção da segregação cautelar, porquanto a prisão preventiva do ora paciente foi decretada tão somente porque:

"Nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica e por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei pena quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria. Analisando o presente feito, em razão da vigência da Lei nº 12.403/11, observo ser de rigor a conversão da prisão em flagrante em preventiva, vez que se encontram presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, preconizados nos artigos 312 e 313, inciso I, ambos do CPP. O Fumus comissi delicti encontra-se plenamente evidenciado pelo boletim de ocorrência (fls. 03-07), auto de exibição e apreensão (fls. 14-18), auto de constatação de natureza tóxica (fls. 21-22) e indícios de autoria (fls. 08-13). E, reexaminando os autos, não vislumbro qualquer alteração na situação fática que possa levar à mudança na situação prisional específica, remanescendo o mesmo panorama que o levou à prisão em flagrante, cujos motivos e fundamentos permanecem inalterados. Quanto ao Periculum libertatis, observo que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram, ao menos por ora, insuficientes, visto que, a princípio, o(a) indiciado(a) denota periculosidade incompatível com a confiança necessária à efetividade daquelas medidas. Isso porque a relevante quantidade e o modo de acondicionamento das substâncias entorpecentes (54,14 gramas de maconha, acondicionada em uma porção, apreendida em poder de Robson e 27,46 gramas de maconha, acondicionadas em 22 trouxinhas de papel, embalados individualmente e prontos para o comércio, localizados na residência do averiguado), a considerável quantia em dinheiro (R\$ 66,00 em poder do averiguado no momento da abordagem, além de R\$ 190,00, encontrados na residência do averiguado), e as informações anônimas de que o averiguado estaria praticando o tráfico de drogas demonstram a periculosidade concreta do averiguado, mormente se levado em conta o lucro obtido com a venda desta droga que pode alcançar, e a necessidade imediata da cessação desta atividade criminosa" (fl. 97).

A análise do trecho transcrito, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente, não se ajustam à orientação jurisprudencial desta Corte, uma vez que a **simples invocação da gravidade genérica do delito**, nem mesmo a quantidade de droga apreendida (**81,6 g de maconha**), não se revelam suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública.

Acerca da **quaestio**, destaco o seguinte precedente do col.

Supremo Tribunal Federal:

"PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – SUPOSIÇÃO. A custódia preventiva que vise a regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embaracá-la" (HC n. 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1º/8/2014).

Sobre o tema, ainda, os seguintes julgados desta **Corte Superior de Justiça:**

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - In casu, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, nem mesmo a quantidade de droga apreendida (3,54 g de crack), não se revelam suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (HC n. 114.661/MG/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1º/8/2014).

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício para revogar a prisão

*preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal" (HC 457.809/SP, **Quinta Turma**, de minha relatoria, DJe 21/08/2018).*

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva da paciente foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art.

312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade do entorpecente apreendido - 92,75 gramas de maconha -, pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar da paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e bons antecedentes.

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva da paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau" (HC 472.419/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 13/11/2018).*

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. VEDAÇÃO APRIORÍSTICA E GENÉRICA.

PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. NULIDADE.

1. Matéria que não foi enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.

2. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da vedação apriorística e genérica prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

3. É nula a decisão que decreta a prisão preventiva com base apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, sem fundamentação concreta.

*4. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, dado provimento para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante estabelecimento, pelo juízo de primeiro grau, das medidas cautelares diversas da prisão que entender cabíveis, salvo se por outro motivo estiver preso" (RHC n. 39.351/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014, grifei).*

Na mesma linha, os seguintes precedentes: AgRg no HC n. 278.766/SP, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 26/8/2014; RHC n. 39.351/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014; RHC n. 47.457/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 1º/9/2014; HC n. 275.352/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 2/9/2014.

Assim, no que tange à segregação cautelar, tem-se que não houve a devida fundamentação apta a justificar a imposição da medida extrema, estando configurado o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício** para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator

