HABEAS CORPUS Nº 496.857 - SP (2019/0063403-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	LAZARO EVANDRO BERNAL NICOLAU
ADVOGADO	:	LAZARO EVANDRO BERNAL NICOLAU - SP263085
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CRISTIAN PEREIRA DO NASCIMENTO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **CRISTIAN PEREIRA DO NASCIMENTO** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: **a)** não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP; **b)** é suficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão; **c)** o paciente é primário, possui ótimos antecedentes, família e residência fixa; **d)** se o paciente vier a ser condenado, sua provável pena futura revela a desproporcionalidade da prisão preventiva.

Pleiteia a revogação da custódia preventiva ou a substituição dela por medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido de medida liminar foi deferido.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento, porém pela concessão da ordem, de ofício.

É o relatório.

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.

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

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, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No caso dos autos, a custódia cautelar foi decretada pelos seguintes fundamentos:

> "Está presente hipótese de flagrante delito, sendo que a situação fática encontra-se subsumida às regras previstas pelo art. 302 e seus incisos do Código de Processo Penal. O auto de prisão em flagrante está material e formalmente em ordem, não se vislumbrando qualquer nulidade, irregularidade ou ilegalidade apta a justificar o relaxamento da prisão em flagrante. Além disso, foram cumpridas todas as formalidades legais e respeitados os direitos individuais e as garantias

fundamentais previstas na Constituição Federal vigente. As demais providências que se seguem à prisão em flagrante foram regularmente tomadas (em especial nota de culpa e laudo de constatação provisória), conforme se verifica dos presentes autos. Ainda, em cognição sumária, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria do crime de tráfico de drogas, bem como da finalidade da traficância. Consta do flagrante que, na data de hoje, policiais militares estavam em patrulhamento pela vias públicas da cidade de Teodoro Sampaio/SP no intento de atuar no combate ao tráfico de drogas, já cientes de que a pessoa de Cristian Pereira do Nascimento realizava a traficância. Durante o patrulhamento, ao transitarem pela Rua Coronel Pires, esquina com a Rua Maria Ribeiro Lopes, depararam-se com Cristian sobre uma bicicleta. Naquele instante, os policiais militares decidiram pela abordagem de Cristian e nas suas vestes encontraram um aparelho celular e um maço de cigarro que possuía em seu interior uma porção de maconha 'a granel' no fundo do maço e outras seis porções de maconha embaladas e prontas para a venda. Inicialmente indagado sobre a mercancia da droga, Cristian veio a negar. Contudo, desconfiados de que parte da droga estava escondida na casa de Cristian para lá rumaram e com a permissão dos avós daquele rapaz adentraram até o quarto ocupado por Cristian, sendo por lá encontrado, embaixo do colchão e dentro de uma bolsa de tecido, cinco trouxinhas de crack de tonalidade rosa, além de R$20,00. Dessa vez, indagado, Cristian informalmente confessou a traficância, afirmando que vendia a maconha por R$10,00 e o crack por R$20,00. Acrescentaram que não foi necessário o uso de força física e nem o uso de algemas para dar cumprimento naquela detenção. Diante dessas circunstâncias, infere-se, em princípio e sem adentrar no mérito, que não houve equívoco na prisão em flagrante do indiciado, sendo esta legítima e legal, inexistindo qualquer motivo que justifique o relaxamento. A Lei 12.403/11, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, estipulou que as medidas cautelares penais serão aplicadas com a observância da necessidade de aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou instrução penal e para evitar a prática de infrações, devendo a medida em questão, ainda, ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do averiguado (art. 282 do CPP). A prisão preventiva será determinada quando as outras medidas cautelares alternativas à prisão não forem cabíveis, ou melhor, mostrarem-se insuficientes ou inadequadas para o caso concreto (art. 282, § 6º, do CPP). No caso, pesem os argumentos aduzidos pela Defesa, verifica-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo insuficiente a fixação de medidas cautelares alternativas. Trata-se, em tese, de delito doloso cuja pena máxima supera os quatro anos e há provas da materialidade e indícios da autoria. Além disso, a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal. Consigne-se que o tráfico de drogas é delito equiparado ao hediondo e cujo tratamento exige maior rigor. Assim, a prisão do

> averiguado está absolutamente amparada pela lei, havendo fortes indícios de autoria delitiva, o que demonstra a presença do *fumus comissi delicti*. Também está presente o *periculum libertatis*. O crime de tráfico de drogas é grave e vem causando temor à população obreira, em razão de estar relacionado ao aumento da violência e criminalidade, estando, muitas vezes, ligado ao crime organizado. Além disso, é fonte de desestabilização das relações familiares e sociais, gerando, ainda, grande problema de ordem de saúde pública em razão do crescente número de dependentes químicos. Portanto, por conveniência da instrução criminal, necessária à conversão da prisão em flagrante em preventiva, mormente considerando a gravidade em concreto dos fatos. Ante o exposto, considerando a gravidade em concreto do fato delituoso, as circunstâncias fáticas do caso e as condições pessoais do averiguado, com base nos artigos 282, § 6º, e arts. 310, II e 312, todos do CPP, CONVERTO a prisão em flagrante de CRISTIAN PEREIRA DO NASCIMENTO, qualificado nos autos, EM PREVENTIVA, expedindo-se o competente mandado" (e-STJ, fls. 63-65).

Como se vê, não foram apontados dados concretos que justifiquem a segregação provisória. A magistrada singular utilizou apenas fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico ilícito de drogas, assim como baseou-se em elementos inerentes ao próprio tipo penal, deixando de observar o disposto no art. 312 do CPP. Nem mesmo a quantidade dos entorpecentes apreendida – 21,33g (vinte um gramas e trinta e três centigramas) de maconha, 0,75g (setenta e cinco centigramas) de cocaína em pó e 12,03g (doze gramas e três centigramas) de crack (e-STJ, fls. 135, 143 e 139) – pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade.

A propósito:

> "*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS SOBRE A GRAVIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes).
>
> 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do

Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.
3. No caso, a prisão preventiva do recorrente foi decretada sem que fossem apontados dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a medida extrema; somente há referências a elementares do tipo penal e termos genéricos da lei processual.
4. Afirmações genéricas e abstratas a respeito da periculosidade do crime não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Ainda mais quando se trata de recorrente preso em flagrante com pequena quantidade de entorpecente (22g de crack e 1,8g de maconha) e que guarda condições pessoais favoráveis.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para revogar o decreto prisional do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal."
(HC 398.322/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS. ADEQUAÇÃO. RECURSO PROVIDO.
1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.
2. Na espécie, realizada a prisão em flagrante, a prisão preventiva foi decretada em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas - 36g (trinta e seis gramas) de crack e 41g (quarenta e um gramas) de maconha.
3. Embora o édito prisional indique a necessidade da imposição da prisão cautelar, valendo-se sobretudo da menção à variedade e à quantidade de droga apreendida, a imposição das medidas cautelares revela-se mais adequada e proporcional ao caso. Isso porque, não obstante a quantidade de droga apreendida não possa ser considerada pequena, também não é, por outro lado, indicativa, por si só, da periculosidade do agente, a ponto de justificar o encarceramento preventivo. Some-se a isso que o recorrente ostenta condições pessoais favoráveis.
4. Assim, as particularidades do caso demonstram a suficiência, adequação e proporcionalidade da imposição das medidas menos severas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
5. Recurso ordinário provido."
(RHC 90.438/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 2/5/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Não obstante, **concedo a ordem**, **de ofício**, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva imposta ao paciente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

Ressalvo a possibilidade de nova decretação da prisão, caso demonstrada, de forma fundamentada, sua necessidade.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Vara Única da Comarca de Teodoro Sampaio/SP.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator