

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 117.925 - MG (2019/0276074-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : DIOGO DE OLIVEIRA MOREIRA (PRESO)
ADVOGADOS : CLEMILSON JOSE OLIMPIO - MG160990
JOAO PAULO PIRES DE OLIVEIRA MARQUES - MG173561
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por DIOGO DE OLIVEIRA MOREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que denegou a ordem visada no *Writ* n. 1.0000.19.086980-0/000 para manter a segregação cautelar decretada em seu desfavor nos autos da ação penal em que foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Noticiam os autos que o recorrente foi preso em flagrante no dia 12.7.2019, por ter, supostamente, cometido o delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e teve a custódia convertida em preventiva.

Nesta via, o recorrente alega a ausência de fundamentação idônea para justificar o decreto da segregação cautelar, reputando não atendidos os requisitos autorizadores da preventiva, previstos no art. 312 do CPP.

Sustenta que a quantidade de droga encontrada seria pequena, não justificando o seu encarceramento provisório.

Aduz que não teria sido demonstrado, com base em elementos concretos, como a liberdade poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Argumenta a excepcionalidade da medida extrema, enfatizando que faria *jus* à substituição da preventiva por medidas cautelares descritas no art. 319 do CPP.

Requer o provimento do recurso para que seja revogada a segregatória preventiva, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

Contra-arrazoados, os autos ascenderam a esta Corte Superior.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Da análise dos elementos carreados nos autos, infere-se que o recorrente foi preso em flagrante em **12.7.2019**, teve convertida a prisão em preventiva no dia **13.7.2019** e, posteriormente, foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque, teria sido surpreendido trazendo consigo, logo após a venda, **5 pinos de cocaína com massa total de 4,20 g (e-STJ fl. 147)**, tudo sem autorização legal ou regulamentar.

Quanto aos fatos, narra a denúncia:

"No dia 12 de julho de 2019, por volta das 17 horas e 31 minutos, João Simião, 80-Casa, bairro Dico Leite, município de Cataguases/MG, Diogo de Oliveira Moreira vendeu e tinha em depósito 05 pinos de cocaína com uma

Superior Tribunal de Justiça

massa total de 4,20g (quatro gramas e vinte centigramas), acondicionadas individualmente em cinco pinos da referida droga (Laudo Toxicológico Preliminar de fl. 20)" (e-STJ fl. 147).

Verifica-se que o Juiz primevo converteu o flagrante em prisão preventiva a bem da ordem pública, vulnerada pela gravidade concreta do delito, porquanto *"embora o preso seja primário e sequer registre outras prisões, existem indícios de que ele estava dando continuidade à prática delitiva de um tio, preso pelo mesmo motivo. Sabe-se que o combate ao tráfico de drogas é tarefa difícil, especialmente porque a prisão de um traficante gera uma instantânea substituição de agente, quando o ideal seria cessar a prática, pelo menos naquele local. O Estado vem se desdobrando para fazer cessar o tráfico de drogas no local, assim, conceder a liberdade ao preso representará um retrocesso no combate ao referido crime. Logo, tenho que a manutenção do preso no cárcere é medida necessária para se resguardar a ordem pública, ante o grande risco de se manter o flagelo do tráfico no mesmo local"* (e-STJ fl. 16).

Oferecida a denúncia, a defesa pleiteou a liberdade provisória, que foi afastada pelo Togado singular ao argumento de que, *"em que pese não ter sido apreendido uma quantidade substancial de drogas, os militares afirmaram que durante o cumprimento da diligência foi observado uma movimentação de pessoas no local. E durante a abordagem a estes indivíduos, foram localizados pinos contendo a substância entorpecente semelhante a cocaína, tendo um deles especificado o modus operandi da venda de drogas"* (e-STJ fl. 68)

Na ocasião, o Magistrado afirmou que, *"além disso, foi relatado uma possível dispensa de parte do material ilícito no vaso sanitário, em decorrência da dificuldade em se adentrar no imóvel alvo da diligência de busca e apreensão."*

Aduziu ainda que, *"diante da situação exposta, depreende-se que tudo está a evidenciar a finalidade de mercância das substâncias entorpecentes apreendidas e daquelas possivelmente dispensadas, tendo em vista as circunstâncias em que houve a apreensão (durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão) e diante das declarações da testemunha Luiz Henrique Pereira Matos (ff. 06)"* – e-STJ fl. 69.

Inconformada, a defesa ingressou com prévio *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem reconhecendo que *"o magistrado justificou a necessidade da custódia cautelar, como forma de garantia da ordem pública, após ter constatado haver prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria"* (e-STJ fl. 93) de forma que *"encontra-se devidamente fundamentada a decisão que indeferiu o pedido da defesa de revogação da prisão preventiva"* (e-STJ fl. 94).

O colegiado estadual acrescentou que, *"analisando detidamente o caso concreto, as circunstâncias do delito e a periculosidade do suspeito, de fato, a conservação da prisão cautelar do paciente se exhibe imprescindível para a garantia da ordem pública"* (e-STJ fl. 97).

De arremate, concluiu o acórdão impugnado que: *"Não vislumbro, por total incompatibilidade com a preventiva, a possibilidade de imposição das medidas cautelares ao caso em apreço, especialmente diante do gravíssimo delito de tráfico de drogas"* (e-STJ fl. 97).

Pois bem.

Delineado o contexto fático processual, tem-se que assiste razão ao

Superior Tribunal de Justiça

recorrente quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.

Com efeito, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o agente, necessário ter-se em mente que, após a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social. O referido diploma legal, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispôs que a *"prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)"*.

Assim, por disposição normativa, a medida extrema só deve ser decretada ou mantida em último caso, quando realmente mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao art. 282 do Código de Processo Penal:

"A nova legislação que, no ponto, se alinha ao modelo português e ao italiano, prevê diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida, em dupla perspectiva, a saber, (a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios e modo de execução), e, ainda as condições pessoais do agente; e (b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e circunstâncias concretas que possam justificar a segregação provisória."

(Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541)

Não se pode olvidar, ainda, de que há ***"um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar"***, como afirma GUSTAVO BADARÓ, na sua obra *Processo Penal*, RJ: Campus: Elsevier, 2012, de onde se retira que:

"Consequência disso é que o juiz não deve se limitar a analisar 'prova da existência do crime e indício suficiente da autoria' para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312). Esses critérios são indicadores do denominado fumus comissi delicti, isto é, da probabilidade, baseada em cognição sumária, de que o acusado seja o autor do delito. São elementos necessários, mas insuficientes para a prisão cautelar.

A análise do 'direito hipotético' não deve se limitar à 'probabilidade de uma condenação'. Há mais a ser

Superior Tribunal de Justiça

considerado nesse juízo prognóstico. O juiz deverá também considerar **a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada**. Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento efetivo que ela visa assegurar.

Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que seja substituída por pena restritiva de direito, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar.

[...]. **A proporcionalidade não deve ser buscada somente tendo em vista a pena cominada ao delito, mas considerando-se a pena que provavelmente será aplicada, ainda que com base em uma cognição sumária**. Em nenhuma hipótese, e por nenhum dos motivos que caracterizam o *periculum libertatis*, pode-se decretar a prisão preventiva se não há prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade" (pág. 718 e 719, grifou-se).

Continuando na lição, arremata o doutrinador na obra já citada que, "*em tais situações poderá ser cabível, em tese, mas sempre dependendo da verificação das situações concretas, a imposição de medida cautelar diversa da prisão (CPP, arts. 319 e 320)*" – op. cit., p. 744.

E, na espécie, evidencia-se que as circunstâncias do caso autorizam a concessão da liberdade provisória ao acusado para que responda ao processo em liberdade, uma vez que foi denunciado na posse de reduzida quantidade de material tóxico – **4g de cocaína** –, a demonstrar tal circunstância que não se trata de tráfico de grande proporção, ou seja, que a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Diante do exposto, **dá-se provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus* para **revogar a prisão preventiva do recorrente**, caso não se encontre preso por outro motivo.

Publique-se.

Cientifique-se o MPF.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator

