

HABEAS CORPUS Nº 541.835 - SP (2019/0319866-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO
ADVOGADO : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO - SP286948
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILKER CARLOS ESTEVAO PADILHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de WILKER CARLOS ESTEVAO PADILHA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Habeas Corpus n. 2212824-12.2019.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente encontra-se preso preventivamente, pela prática, em tese, dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, ambos c/c o art. 69, *caput*, do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Aduz o impetrante, em breve síntese, a ausência de fundamentação apta a justificar a segregação cautelar imposta ao paciente, reputando não atendidos os requisitos autorizadores da medida extrema, insculpidos no art. 312 do CPP.

Realça que o paciente possui ocupação lícita e residência fixa.

Sustenta que, caso condenado, fará jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de drogas, o que possibilita a fixação de regime inicial diverso do fechado e a substituição por restritiva de direitos, razão pela qual a prisão preventiva do acusado seria mais severa que os efeitos de sua eventual condenação.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja revogada a prisão preventiva do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 53-57.

Informações prestadas às fls. 65-87.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 89-100, pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.

Cumprе pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Dos elementos colacionados nos autos, constata-se que o paciente foi preso em flagrante e teve a custódia convertida em preventiva, nos autos da ação penal em que findou denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, da Lei n.

11.343/06, e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, ambos c/c o art. 69, *caput*, do Código Penal, porque trazia consigo, bem como mantinha em depósito, para fins de mercancia ilícita, um total de "95 porções de maconha, em forma de tijolos, pesando 73,85 Kg" (e-STJ fl. 31), além de portar, de forma ilegal, arma de fogo de uso restrito.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que:

O denunciado recebeu grande quantidade de 'Maconha' para desenvolver o comércio ilícito no Jardim São Paulo e suas adjacências.

Segundo o apurado, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, ocasião em que receberam informes anônimos que, dentro de instantes um indivíduo receberia grande quantidade de droga no local dos fatos, em uma casa em construção. Em diligência no endereço os agentes públicos avistaram o denunciado saindo de uma residência em construção, momento em que ele carregava uma caixa de papelão, na qual havia 70 tijolos de "Maconha" prensados, envoltos em fita adesiva de cor bege. Ao perceber a aproximação dos policiais militares, WILKER soltou a caixa e correu em direção à via pública, defronte à viatura, ocasião em que sacou a arma de fogo retromencionada, que então portava e apontou-a em direção aos agentes públicos. Ato contínuo, um dos policiais militares efetuou dois disparos com a arma da corporação, a fim de se defender da investida do denunciado, o qual foi alvejado e empreendeu fuga em direção à mata existente no local.

Em seguida, em busca realizada no veículo GM Corsa Classic, de cor prata, placas DMH-6256, estacionado com a porta traseira direita aberta defronte à casa em construção de onde WILKER havia saído, os agentes públicos encontraram e apreenderam sobre o banco traseiro mais 25 tijolos da mesma droga, que o denunciado ali mantinha em depósito, idênticos àqueles que ele trazia consigo na caixa. Em continuidade à diligência, os policiais militares encontraram na trilha seguida por WILKER em fuga o revólver marca Taurus, que ele possuía e portava, municiado com 05 cartuchos íntegros e 01 deflagrado, oxidado, além de um aparelho de telefonia celular. (e-STJ fls. 46-47)

Verifica-se que o Juízo singular, durante audiência de custódia realizada em **13/9/2018**, homologou a prisão em flagrante, convertendo-a em preventiva, por entender a medida necessária, notadamente a bem da ordem pública, tendo em vista que fora encontrada grande quantidade de entorpecente em posse do paciente, a saber, "100 tijolos

de maconha" (e-STJ fl. 25).

Destacou o Magistrado singular, na ocasião, que *"o tráfico de entorpecente, destarte, compromete a saúde pública, sendo o grande responsável pela violência urbana. Tanto isso é verdade que o legislador constituinte, no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, reconhecendo sua lesividade, determinou que a lei considere inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, equiparando-o aos crimes hediondos"* (e-STJ fl 26).

Enfatizou que *"eventual primariedade, residência fixa ou ocupação lícita não autorizam, por si só, a concessão do benefício em questão"* (e-STJ fl. 26).

Consignou, por fim, que *"outros fatores devem preponderar com a necessidade de se resguardar a ordem pública, haja vista o crime de tráfico de drogas traz efeitos nefastos para a sociedade, na medida em que incentiva a criminalidade e destrói a base desta que é a família"* (e-STJ fl. 27).

Instado a reconsiderar o decreto de segregação processual, registrou o Magistrado de origem que, *"estão presentes, no caso concreto, os requisitos da prisão preventiva, impedindo, no momento, a concessão do benefício da liberdade provisória ou de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. O crime imputado ao réu é doloso e punido, em abstrato, com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, o que, por si só, já revela a gravidade do crime. E, agora, não se pode perder de vista que referida circunstância, por força de disposição legal (CPP, artigo 282, inciso II), deve ser considerada pelo julgador no momento da análise acerca do cabimento da prisão ou de sua substituição por alguma medida cautelar. Assim sendo, a custódia cautelar tem por finalidade resguardar a ordem pública, impedindo que fatos análogos voltem a ocorrer"* (e-STJ fl. 31).

Salientou que *"a quantidade de drogas encontrada é significativa e o acusado é pessoa perigosa, pois tentou sacar a arma de fogo para investir contra os policiais"* (e-STJ fl. 32).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, enfatizando que *"trata-se, o crime de tráfico de drogas, de crime equiparado a hediondo, e, posto que permita o sistema legal, em tese, a concessão do benefício da soltura, deve ele se restringir às hipóteses excepcionais e quando demonstrados, com suficiência, seus requisitos"* (e-STJ fl. 19).

Acrescentou que, *"no que diz respeito ao crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada, a aparente singeleza do tipo penal não é motivo para a soltura do Paciente, avaliadas, no todo, as situações pessoal, processual e também fática, especialmente o fato de o Paciente ter ameaçado atirar contra os policiais. Pelo contrário, o crime em questão deve ter tratamento rigoroso, porque permite a prática de outros crimes correlatos, como é indicado no caso em tela"* (e-STJ fl. 21)

Ressaltou, na ocasião, que *"eventuais condições pessoais do Paciente - como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita -, ainda que favoráveis: a) não garantem, por si sós, o direito à liberdade, devendo-se observar, para tanto, os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal; b) não elidem a necessidade da manutenção da custódia cautelar diante de crime bárbaro e de consequências funestas, sabido que, em situações tais, a aplicação de medidas*

cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal não é suficiente para a necessária manutenção da paz pública" (e-STJ fl. 23).

Concluiu o Órgão Colegiado, em arremate, que *"seria exame de futurologia falar-se agora em benefícios ao Paciente (v.g.: aplicação do redutor especial do § 4o do artigo 33 da Lei de Drogas; fixação de regime aberto para crime hediondo; substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos), o que só será possível no momento da prolação da sentença, além desses institutos terem cabimento questionável nos crimes de tráfico de drogas"* (e-STJ fl. 23).

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

Ora, na hipótese, constata-se que a **quantidade considerável da substância entorpecente apreendida - 95 porções de maconha, em forma de tijolos, pesando 73,85 Kg** (e-STJ fl. 31) - **somada às circunstância em que se deu a prisão em flagrante** - ocasião em que o agente *"tentou sacar arma de fogo para investir contra os policiais"* (e-STJ fl. 32), são fatores que indicam **ousadia, maior periculosidade do paciente e dedicação 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 das infrações** e a periculosidade social do acusado, pois, **a quantidade de maconha capturada na ocasião em flagrante, seria apta a atingir grande número de usuários caso fosse colocada em circulação**, indicando dedicação ao 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 constitutiva 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 PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

4. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos concretos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do paciente, evidenciadas a partir da quantidade das drogas localizadas - 240g de maconha -, circunstâncias que demonstram maior envolvimento com o narcotráfico e o risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 530.940/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 02/10/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA). PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Na hipótese em tela, as instâncias ordinárias destacaram de forma suficiente elementos que demonstram a periculosidade do paciente e, portanto, a necessidade da segregação como forma de garantia da ordem pública.

4. **Caso em que a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal para garantia da ordem pública em razão da periculosidade social do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas extraídas do flagrante (apreensão de 253g de maconha, embaladas em 59 porções). Precedentes.**

5. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 480.483/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 16/04/2019)

Registre-se ainda que, consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, as alegadas condições pessoais favoráveis, ainda 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)

Por fim, 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, na esfera do *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 circunstâncias do flagrante.

Colhe-se da jurisprudência desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTUMÁCIA DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

5. Não se pode dizer que a medida é desproporcional em relação a eventual condenação que poderá sofrer ao final do processo,

pois, em sede de habeas corpus, inviável 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 (RHC n. 108.067/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/4/2019).

6. Ordem denegada.

(HC 529.340/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ABIGEATO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. PACIENTE FORAGIDO. CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFICA A DECRETAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

ORDEM NÃO CONHECIDA.

6. De outro vértice, "Não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus" (HC n. 187.669/BA, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 24/5/2011, DJe 27/6/2011).

[...]

8. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

9. Ordem não conhecida.

(HC 492.735/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019)

Nesse contexto, demonstrados os pressupostos e os motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal passível de ser reparado de ofício 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.

Cientifique-se o Ministério Público Federal. Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator