

HABEAS CORPUS Nº 540.007 - SP (2019/0310933-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : EUDES VIEIRA JUNIOR
ADVOGADO : EUDES VIEIRA JUNIOR - SP083269
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO MARIGUELA FRANCO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO MARIGUELA FRANCO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2199394-90.2019.8.26.0000).

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante, no dia 20/7/2019 (prisão convertida em preventiva), pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e arts. 180 e 311, ambos do CPB, porque foi surpreendido conduzindo um veículo produto de furto, com placa identificadora de um outro automóvel e, na mesma ocasião, transportando um tijolo de maconha com peso de 449g, além de um simulacro de arma de fogo (e-STJ fls. 70/71).

A defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte estadual, alegando, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão da manutenção da prisão preventiva. O Tribunal, contudo, denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 127):

Habeas Corpus — Tráfico ilícito de drogas, receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor — Decisão fundamentada na demonstração dos pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva — Condições pessoais desfavoráveis — Revogação — Impossibilidade — Insuficiência das medidas cautelares alternativas - Reconhecimento — Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada — Ordem denegada.

Na presente oportunidade, a defesa alega estarem ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, aduzindo que *o suplicante não cometeu nenhum*

ato ilícito e tão pouco estava na eminência de cometê-lo (e-STJ fl. 6), bem como não ser permitida a prisão preventiva decretada em face da gravidade do delito, carecendo de fundamentação idônea o decreto construtivo.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, o relaxamento da prisão preventiva do paciente.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 139/141), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fls. 146/150):

Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas, receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Prisão preventiva: presença dos requisitos do artigo 312 do CPP. Decisão fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal.

- Promoção pelo não conhecimento do writ ou, acaso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício. Nesse sentido, os precedentes: STF, HC n. 113.890/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014; STJ, HC n. 320.818/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; STJ, HC n. 276.809/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em

6/5/2014, DJe 12/5/2014.

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise da prisão cautelar do paciente, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

A questão jurídica cinge-se, portanto, a verificar a legalidade da prisão preventiva do paciente.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*Entende-se pela expressão **[garantia da ordem pública]** a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

***[A conveniência da instrução processual]** é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é*

Superior Tribunal de Justiça

realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.

Asseguração da aplicação da lei penal: *significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal.*

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a prisão cautelar esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não ampara, por si só, a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese, o Juízo processante converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva em virtude do *modus operandi* dos delitos (*um veículo produto de furto estava sendo utilizado para a prática de roubos, sendo que policiais militares em diligência depararam com o veículo de mesmo modelo, mas de placas trocadas e que de fato era o veículo produto de furto, sendo que dentro do veículo encontraram um tijolo de maconha e um simulacro de arma de fogo, tipo pistola*) e a quantidade de substância entorpecente apreendida (e-STJ fls. 59/60).

O Tribunal de origem, por sua vez, também manteve a prisão preventiva do paciente, consignando (e-STJ fls.

[...]

Ressalta-se, ainda, a hediondez do crime de tráfico objeto desta impetração, o modo e as circunstâncias com que foi perpetrado,

juntamente com os demais denunciados, cuja gravidade se revela essencialmente aguda e deve ser sopesada na hipótese (CPP, art. 282, II), máxime se considerar a quantidade da droga apreendida e que o paciente registra outros envolvimento criminais (fls. 44/45).

Esses aspectos concretos permitem, em princípio e pelo seu conjunto, a denotação de nível de insegurança incompatível com a confiança que deve ser depositada na pessoa da detida, de modo que não se pode ter por mitigado o periculum libertatis.

Urge ponderar, já em obtemperação, que a exigência de motivação estabelecida pelo artigo 93, inciso XI, da Constituição Federal, deve ser compreendida à luz do cenário processual em que o ato se encontra inserido, daí se poder arrematar a existência de evidente justificação exigida entre medidas embrionárias, que se contentam com juízo sumário, conciso e reduzido, e um édito condenatório, que desafia a presença de arcabouço robusto para fins de desconstituição do estado de inocência presumido.

Logo, assentada a imperatividade da custódia cautelar, que basta para sua manutenção, prescindível se mostra qualquer digressão a respeito do descabimento de medidas restritivas alternativas à prisão, que nitidamente se mostram inadequadas e insuficientes.

Cumprе ressaltar, além disso, que em se tratando de crime grave, nem mesmo a alegação de ser primário, não registrar antecedentes criminais, possuir residência fixa, ocupação lícita ou, ainda, militar em seu favor o princípio da presunção de inocência, tem o condão de conferir, por si só, o direito de responder o processo em liberdade.

A certidão de antecedentes, de e-STJ fls. 55/56, revela que o paciente algumas ostenta passagens criminais e responde a outras ações penais.

No particular, afere-se que a prisão preventiva do paciente está fundamentada na gravidade concreta dos delitos e na necessidade de garantia da ordem pública (evitar reiteração delitiva), destacando-se o *modus operandi* e a quantidade de substância entorpecente apreendida (449 gramas de maconha); e (ii) os dados da sua vida pregressa, notadamente por ostentar algumas passagens criminais e responder a outras ações penais, o que justifica a necessidade da

medida extrema.

Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, embora não possam exasperar a pena-base (Súmula 444/STJ), constituem indicativos de risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública. [...] (RHC 84.703/ES, de minha relatoria, julgado em 17/8/2017, DJe 25/8/2017).

Afere-se, ainda, que A prisão [também está] fundamentada na qualidade e quantidade da droga apreendida, motivação considerada idônea para a manutenção da segregação de natureza cautelar (STJ, AgRg no HC 323.444/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 4/8/2015).

A prisão preventiva mostra-se, portanto, indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública.

Registre-se, por fim, que eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade técnica e residência fixa, por si sós, não obstarão a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido:

[...]

- O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impedem a decretação da prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a segregação preventiva. [...] Habeas corpus não conhecido. (HC 329.574/GO, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 15/09/2015).

[...]. Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão

preventiva, não há que se falar em ilegalidade da segregação cautelar em razão de deficiência na fundamentação (Precedentes). (HC n. 63.237/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 1/3/2007, DJ 9/4/2007).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. RESISTÊNCIA. DESACATO. LESÃO CORPORAL CONTRA AGENTE DE POLÍCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA

1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar para garantia da ordem pública, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pelo acusado, qual seja, sua reincidência, além de destacado pelo magistrado a quantidade e variedade de drogas apreendidas (porções de maconha com massa bruta de 486,65g, 124,66g, 22,41g, 14,13g, 8,44g e 10 comprimidos de droga conhecida como Rohypnol).

2. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 414.721/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, g.n.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE COCAÍNA E MACONHA E O ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE). AÇÕES EM ANDAMENTO RISCO DE REITERAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, ainda que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida.

Precedentes do STF e STJ.

2. No caso, as decisões anteriores destacaram a periculosidade social do recorrente, evidenciada pelo **risco efetivo de reiteração delitiva, porquanto o acusado responde a duas ações penais**, uma delas inclusive por tráfico de drogas e outra por homicídio, além da variedade de drogas apreendidas (maconha e cocaína) e o envolvimento de um adolescente na atividade criminosa, fatores que justificam a prisão preventiva, a fim de resguardar a ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP. Precedentes.

3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 89.855/MG, minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe 14/11/2017, g.n.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **A quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva** (RHC n. 61.112/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 01/10/2015; RHC n. 60.962/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 15/09/2015). No caso dos autos, com o recorrente foram apreendidos **37 (trinta e sete) pedras de crack**, o que justifica o seu encarceramento cautelar.

2. O fato de o réu ser primário, possuir bons antecedentes, ter residência fixa e exercer atividade lícita são circunstâncias pessoais que, por si sós, não impedem a decretação da custódia cautelar (STF, HC 108.314, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011; HC 112.642, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012; STJ, HC 297.256/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, RHC 44.212/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/02/2014).

3. Recurso em habeas corpus desprovido. (RHC 63.580/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015, g.n.).

Lado outro, não é possível inferir, nesse momento processual e na estreita via do recurso ordinário em *habeas corpus*, acerca de eventual regime prisional a ser fixado em caso de condenação (e consequente violação do princípio da proporcionalidade). A confirmação da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O que se apura, nesta impetração, é a presença dos requisitos legais para a manutenção da prisão preventiva e, *a priori*, estão presentes, o que não prejudica, entretanto, eventual mudança de posicionamento, no decorrer da instrução criminal.

Por fim, 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.

A prisão preventiva do paciente está amparada na gravidade concreta do delito (tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida) e para evitar reiteração delitiva (existência de outras passagens criminais e ações penais em andamento).

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Por se conformar com a jurisprudência dominante acerca do tema, o entendimento esposado na presente decisão atrai a incidência do art. 34, XX, do Regimento Interno do STJ, *in verbis*:

Art. 34 - São atribuições do relator:

XX - decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de

Superior Tribunal de Justiça

Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar;

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator