

HABEAS CORPUS Nº 548.792 - SP (2019/0357981-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CACCAVALI MACEDO GAMA - SP199563
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BOAZ BERNARDES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BOAZ BERNARDES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no HC n.º 2210688-42.2019.8.26.0000.

O Paciente foi preso em flagrante, em 17/09/2019, pela suposta prática do crime previsto no art. 37 da Lei n.º 11.343/2006. Consta nos autos que policiais militares visualizaram três pessoas em uma boca de fumo. Com um deles, foram encontradas duas porções de um pó branco, além da quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais). Com os outros dois indivíduos, **sendo um deles o Paciente**, "*nada foi encontrado, tendo ambos afirmado que estariam no local ganhando um dinheiro para ficarem de olheiros na boca, sendo que um rapaz desconhecido teria oferecido R\$ 70,00 para que ficassem de olho na boca e avisassem se a polícia se aproximasse*" (fl. 84). Realizadas buscas no local, foram apreendidos **11,9g** (onze gramas e nove decigramas) **de maconha** e **19,6g** (dezenove gramas e seis decigramas) **de cocaína**. A prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal local, que denegou a ordem (fls. 123-130).

Nas razões deste *writ*, a Impetrante sustenta que não se encontram presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal e que o decreto prisional carece de fundamentação idônea.

Argumenta que, "*no caso de condenação, poderá o paciente ter sua reprimenda corporal substituída por pena restritiva de direitos, ou mesmo ser fixado regime diverso do fechado, o que justifica a necessidade de revogação de sua prisão preventiva*" (fl. 5).

Defende a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Requer, inclusive liminarmente, a imediata soltura do Paciente, com ou sem imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

É o relatório. Decido o pedido urgente.

A prisão preventiva, para ser legítima à luz da sistemática constitucional, exige que o magistrado, sempre mediante fundamentos concretos extraídos de elementos constantes dos autos (arts. 5.º, LXI, LXV e LXVI, e 93, inciso IX, da Constituição da República), demonstre a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria delitiva (*fumus commissi delicti*), bem como o preenchimento de ao menos um dos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, no sentido de que o réu, solto, irá perturbar ou colocar em perigo (*periculum libertatis*) a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Além disso, de acordo com a microrreforma processual procedida pela Lei n.º 12.403/2011 e com os princípios da excepcionalidade (art. 282, § 4.º, parte final, e § 6.º, do CPP), provisionalidade (art. 316 do CPP) e proporcionalidade (arts. 282, incisos I e II, e 310, inciso II, parte final, do CPP), a prisão preventiva há de ser medida necessária e adequada aos propósitos cautelares a que serve, não devendo ser decretada ou mantida caso intervenções estatais menos invasivas à liberdade individual, enumeradas no art. 319 do CPP, mostrem-se, por si sós, suficientes ao acautelamento do processo e/ou da sociedade.

No que diz respeito especificamente ao tráfico de drogas, não obstante seja legítima, em termos de política criminal, a preocupação com o seu alastramento na sociedade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que **fundamentos vagos**, aproveitáveis em qualquer outro processo, como o de que se trata de delito ligado à desestabilização de relações familiares ou o de que se trata de crime que causa temor, insegurança e repúdio social, não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, porque **nada dizem acerca da real periculosidade do agente**, que só pode ser decifrada à luz de elementos concretos constantes dos autos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Ministro EROS GRAU, decidiu que a custódia cautelar **só pode ser implementada se devidamente fundamentada**, nos termos do art. 312 do Código de

Processo Penal. A referida orientação deve ser adotada por todos os Tribunais Pátrios, como forma de se tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência.

Na hipótese, o Juízo Processante, ao converter o flagrante em prisão preventiva, explicitou a seguinte fundamentação (fls. 84-85, grifos diversos do original):

*"Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é comum que os traficantes mantenham consigo apenas parte das drogas (porções para venda imediata), em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo, mas é suficiente para a mercancia, **quantidade que se mostra para além do necessário e ordinário ao consumo individual (indicando a finalidade de mercancia)**. Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes). Neste aspecto, veja-se que **NÃO há indicação precisa de atividade laboral remunerada por parte de nenhum dos averiguados, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) – sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento. NÃO há ainda indicação precisa de endereço fixo em relação ao averiguado Boaz** que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal. Não bastasse isso, há **REINCIDÊNCIA** em relação ao autuado Bruno na espécie, impeditiva, na eventualidade de condenação, da concessão de regime menos gravoso. E assentada a recalcitrância em condutas delituosas, cumpre prevenir a reprodução de novos delitos, motivação bastante para assentar a prisão ante tempus (STF, HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC), não como antecipação de pena, mas como expediente de socorro à ordem pública, fazendo cessar emergencialmente a prática criminosa. **Ressalto também que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis aos autuados Boaz e Laert não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade.***

[...]

Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor. Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do

*Código de Processo Penal. Isso porque nenhuma delas é efetivamente segregadora. As medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública. 5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação, motivo pelo qual **CONVERTO a prisão em flagrante de BOAZ BERNARDES, LAERT LIMA DA SILVA e BRUNO WELLINGTON DOS SANTOS** em preventiva, com fulcro nos artigos 310, inciso II, 312 e 313 do Código de Processo Penal."*

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve a prisão cautelar, com base nos seguintes fundamentos (fls. 128-129; sem grifos no original):

" [...] 7. além disso, a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva (fls.74/78), está fundamentada em termos regulares, não merecendo qualquer reparo; 8. 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; [...]."

No caso, constata-se que, embora a decisão que decretou a prisão preventiva faça menção às circunstâncias da prisão em flagrante (o local em que o Paciente foi preso e a droga apreendida) – fundamentação que, a princípio, justifica a decretação da prisão cautelar –, deve-se atentar que com o Paciente não foi encontrada nenhuma substância entorpecente, pois estaria ali na condição de informante, avisando aos traficantes a eventual aproximação da polícia, o que não é capaz de demonstrar, por si só, o *periculum libertatis* do Acusado, que é primário. Ademais, não foi mencionado nada de concreto que justificasse a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. COLABORAÇÃO COM O TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INFORMANTE. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. Presentes os indícios de autoria e a materialidade da conduta e demonstrada a necessidade do acautelamento da ordem pública, a imposição da medida extrema deve ser justificada, com base em elementos concretos dos autos e em juízo de proporcionalidade, como a única cautela adequada para evitar a prática de novos crimes.

3. Na hipótese, o Juízo de primeira instância ressaltou a gravidade concreta dos delitos - a paciente supostamente integra organização criminosa e atuou como colaboradora do tráfico de drogas, uma vez que foram encontrados, no seu automóvel, manuscritos que continham informações, inclusive codificadas, em relação ao tráfico de entorpecentes e com ordens vindas de presidiários para integrantes de facções criminosas.

4. Pela análise da decisão que convolou a prisão em flagrante da acusada em preventiva, não foi identificado elemento fático que demande a imposição da medida mais gravosa a fim de se acautelar a ordem pública.

5. O objetivo de descontinuar a participação da agente no esquema delitivo pode ser atingido com a imposição de cautelas alternativas, porquanto a participação delitiva atribuída à ré restringiu-se a servir ela como veículo de transmissão de mensagens manuscritas de interesse de traficantes.

6. Ordem concedida para, confirmada a liminar deferida, substituir a prisão preventiva pela cautela pessoal prevista no art. 319, II, do CPP - proibição de acesso ou frequência a qualquer estabelecimento prisional do país." (HC 504.484/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019.)

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para determinar, até o julgamento final do writ, a soltura do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova decretação de prisão provisória por fato superveniente, a demonstrar a necessidade da medida, ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada.

Superior Tribunal de Justiça

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeira instância, encaminhando-lhes cópia da presente decisão e requisitando informações pormenorizadas acerca do alegado no presente remédio constitucional, nas quais deverão constar, ainda, a respectiva senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora