HABEAS CORPUS Nº 543.693 - SP (2019/0331795-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	FRANCISCO BALDY ANTONIO MACIEL
ADVOGADO	:	FRANCISCO BALDY ANTONIO MACIEL - SP351551
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDIEL DOS SANTOS ROCHA DO AMARAL (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO DE DROGAS (7 PORÇÕES DE MACONHA, PESANDO 26,8 G, E 8 PORÇÕES DE COCAÍNA, PESANDO 19,9 G). PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE PRIMÁRIO. CRIME SEM VIOLÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO A JUSTIFICAR A MEDIDA MAIS GRAVOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado em benefício de **Ediel dos Santos Rocha do Amaral** contra ato coator da Décima Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem nos autos do *Habeas Corpus* n. 2137134-74.2019.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente pela suposta prática do crime de tráfico de drogas.

Tem-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, tendo o Juízo de Direito da 1ª Vara Judicial da comarca de Hortolândia/SP convertido o flagrante em preventiva (fls. 61/64 – Processo n. 1500171-69.2019.8.26.0630).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça, que, por sua vez, denegou a ordem (fls. 95/99 – *Habeas Corpus* n. 2137134-74.2019.8.26.0000).

Daí o presente *writ,* em que se alega constrangimento ilegal na constrição cautelar do paciente, defendendo, em síntese, que *é ilegal a prisão quando ausente motivação fundamentada, ou baseando-se em argumentos genéricos e vazios como o presente caso, sem apontar, contudo, elementos concretos que demonstrem a periculosidade do réu* (fl. 7).

Requer, assim, a concessão liminar da ordem para revogar a prisão

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DA18B925-A4DC-48AE-908B-59BBE485FB20

preventiva imposta ao paciente. E, no mérito, a confirmação da liminar, caso deferida.

A liminar foi deferida para que o acusado pudesse aguardar em liberdade o julgamento final do presente *writ*, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (fls. 106/109).

Informações prestadas às fls. 115/126 e 129/137.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício (fls. 139/143).

É o relatório.

Busca a impetração a confirmação da liminar deferida, revogando a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente.

In casu, o Magistrado de piso não apresentou fundamentos concretos a justificar a medida cautelar imposta ao paciente, conforme se infere dos seguintes trechos (fls. 62/63):

> [...] Na hipótese presente, ao conduzido em flagrante está sendo imputada a prática, em tese, de tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado a hediondo, havendo fortes indícios de autoria e prova suficiente da materialidade delitiva, máxime à luz do teor do auto de constatação preliminar, positivo para maconha e cocaína. Outrossim, a pena máxima cominada em abstrato ao aludido delito supera quatro anos de reclusão. É de se notar que as novas disposições processuais prevêem, expressamente, a gravidade da infração como fundamento suficiente para o decreto da prisão preventiva, notadamente quando pondera acerca da conveniência da aplicação das medidas cautelares (artigo 282, inciso II, do CPP), não se olvidando que inclui, expressamente, o crime de tráfico de drogas como suficiente para excluir a concessão de fiança (artigo 323, inciso II, do Código de Processo Civil. Nessa senda, o crime imputado ao conduzido em flagrante possui intensa gravidade extrínseca (gravidade em abstrato), eis que se trata da prática da odiosa mercancia, delito que assola o corpo social e lhe causa imenso desassossego.
>
> De outra banda, não se pode desprezar a gravidade intrínseca (gravidade em concreto) do delito atribuído ao conduzido em flagrante, portando entorpecentes sortidos para venda em plena via pública, sem a menor cerimônia. Ademais, não se pode olvidar que a pronta colocação de acusado de narcotráfico em liberdade gera inegável sensação de impunidade no seio da sociedade, trazendo como deletéria consequência o incentivo de práticas idênticas, ante a certeza de que o encarceramento cautelar não advirá. Nessa senda, para a garantia da ordem pública, a conversão da prisão em flagrante em preventiva se mostra de rigor. Saliente-se que o fato de o conduzido eventualmente ser primário e ostentar bons antecedentes, não elide a necessidade da manutenção de sua custódia cautelar, notadamente se existentes elementos sensíveis e concretos que revelem perigo à sociedade, com a concessão de sua liberdade provisória. Ademais, não se

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DA18B925-A4DC-48AE-908B-59BBE485FB20

> envolver em prática de delitos e trabalhar, não são qualidades, mas meras obrigações. Acrescento que o investigado estava, em tese, praticando a odiosa mercancia.
>
> Consigne-se que a manutenção da custódia do investigado não se confunde com cumprimento antecipado de pena, mormente porque lastreada na cautelaridade que ora se faz necessária para a garantia da ordem pública, o que não se consubstancia em afronta ao princípio da presunção de inocência, mormente porque a situação de flagrância é a certeza visual da prática do crime.
>
> Ao ser admitida tal tese, não mais existiriam as prisões cautelares no ordenamento jurídico pátrio, tornando o país o reino dos violadores da lei penal, eis que suas prisões somente poderiam ocorrer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que, em se tratando de réu solto, poderia sobrevir cerca de uma década após a prática da infração penal. Em contrapartida, a sociedade estaria totalmente desamparada, eis que praticantes de crimes, mesmo que graves, seriam prontamente colocados em liberdade e mesmo que praticasse outro delito minutos após sua soltura, seriam novamente liberados, o que se afigura absurdo e incrível. Assim sendo, CONVERTO a prisão em flagrante de EDIEL DOS SANTOS ROCHA DO AMARAL em prisão preventiva

O Tribunal de Justiça, por sua vez, ao denegar a ordem, apenas destacou que *a r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, bem como a que indeferiu a sua revogação encontram-se fundamentadas (fls. 43 a 46 e 54 a 56) e a sua subsistência não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência (o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão com o enunciado sumular nº 9 e o Supremo Tribunal Federal já decidiu em idêntico sentido, ao julgar o Habeas Corpus nº 73.657-2/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 16 de maio de 1997, pág. 19.950)* (fl. 98).

Destaco aqui, por necessário, que, pelo auto de prisão em flagrante, trata-se de 7 porções de maconha, com peso bruto de 26,8 g, e 8 porções de cocaína, com peso bruto de 19,9 g, e de paciente primário, sem antecedentes (fl. 47).

Assim, entendo estarem presentes os requisitos que justificam a concessão da ordem, por se revelar carente de fundamentação a decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, mormente porque, repito, não há referência à periculosidade diferenciada do acusado ou a qualquer outro elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidencie o risco à instrução criminal.

De mais a mais, é dado o mandamento legal de o juiz fundamentar a decretação ou a manutenção da custódia na sentença condenatória (art. 387, § 1º, do CPP), sendo que o Juízo de primeiro grau deve demonstrar, nessa fase, com fundamento

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DA18B925-A4DC-48AE-908B-59BBE485FB20

em dados concretos dos autos, a existência de pelo menos um dos requisitos da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO E DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRIMARIEDADE. IDOSO. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> **4. No caso, não houve a indicação de motivos concretos aptos a justificar a medida extrema, o que configura nítido constrangimento ilegal. Além de não ter sido apreendida quantidade de droga que se mostre exagerada, não há nos autos notícias de envolvimento do paciente, que conta com 62 anos, em outros delitos, sendo, a princípio, tecnicamente primário e com bons antecedentes, não havendo, portanto, demonstração da necessidade da medida extrema.**
>
> 5. Demonstrando-se a desproporcionalidade no encarceramento do paciente, deve ser revogada, in casu, a prisão preventiva, sendo suficiente a imposição das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP.
>
> 6. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo juiz de primeiro grau, observada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, desde que demonstrada concretamente sua necessidade.
>
> (HC n. 527.402/SE, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 3/12/2019 – grifo nosso)

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE INDEFERIU PEDIDO LIMINAR NA ORIGEM. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HIPÓTESE DE SUPERAÇÃO DA VEDAÇÃO PREVISTA NA SÚMULA N.º 691/STF. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.
>
> [...]
>
> **2. A jurisprudência desta Corte Superior não admite que a prisão processual seja amparada na mera gravidade abstrata do delito, por entender que elementos inerentes aos tipos penais, apartados daquilo que se extrai da concretude dos casos, não conduzem a um juízo adequado sobre a periculosidade do acusado.**
>
> **3. No caso, não há a indicação de elementos objetivos, vale dizer, concretos, que justifiquem a necessidade da custódia cautelar, pois o fato ensejador do flagrante não transborda da normalidade do modelo descrito no tipo proibitivo (art. 33 da Lei de Drogas) e, portanto, é incapaz de conduzir a um juízo adequado de cautelaridade.**
>
> **4. Embora o decreto constritivo faça menção à quantidade de**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DA18B925-A4DC-48AE-908B-59BBE485FB20

> **entorpecente encontrada em poder do Paciente e demais envolvidos, a quantidade de droga apreendida no caso - 31,42g de maconha e 16,94g de haxixe - não é exacerbada e, portanto, não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis do Acusado, devendo ser considerado, ainda, o contexto em que se deu a apreensão das drogas, pois o Paciente e demais passageiros encontravam-se na Rodovia Estadual, numa Van, em direção a uma festa Rave - Anacã Festival 2019 - que duraria 3 (três) dias, não devendo ser excluída, assim, a hipótese de se tratar de mero usuário de drogas.**
>
> 5. Ausência de registros de antecedentes em desfavor do Paciente ou de indícios de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, sendo certo que as conclusões do Magistrado singular, no sentido de que ele e os demais custodiados estariam associados para a prática de tráfico intermunicipal de entorpecentes em evento com aglomeração de pessoas, não passam de meras conjecturas, e não servem como motivação para a manutenção da custódia cautelar.
>
> 6. Ordem de habeas corpus concedida para, confirmando a liminar, revogar a prisão preventiva 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 da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de outras medidas alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.
>
> (HC n. 530.847/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 7/10/2019 – grifo nosso)

Por fim, destaco aqui o parecer da Subprocuradora-Geral da República, Samantha Chantal Dobrowolski, que opinou pela concessão de ofício da ordem, visto que *a decisão combatida não mostrou indicativo concreto de que estaria o paciente envolvido com a traficância. Logo, a adoção da medida em apreço mostra-se inadequada, uma vez que o Tribunal a quo não fundamentou o acórdão com as peculiaridades do caso concrreto* (fl. 142).

Ante o exposto, **concedo** a ordem, confirmando a liminar deferida, para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, fundamentadamente, pelo Magistrado singular ou da superveniência do esgotamento das instâncias ordinárias.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: DA18B925-A4DC-48AE-908B-59BBE485FB20