

**HABEAS CORPUS Nº 563.089 - SP (2020/0044336-0)**

**RELATOR** : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : ROGERIO MONTEIRO DA SILVA TEIXEIRA DE  
CARVALHO  
**ADVOGADO** : ROGERIO MONTEIRO DA SILVA TEIXEIRA DE  
CARVALHO - SP327150  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ESTEVAO GARCIA DO PRADO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de ESTEVAO GARCIA DO PRADO, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, **em tese**, o delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação do decreto prisional. O eg. Tribunal de origem denegou a ordem, em v. acórdão assim ementado:

*"HABEAS CORPUS PRETENDIDA A LIBERDADE PROVISÓRIA IMPOSSIBILIDADE Inexiste constrangimento ilegal em decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva ou denega liberdade provisória, diante da demonstração da materialidade do delito e da existência de indícios da autoria, fundamentada em fatos concretos indicadores da real necessidade da prisão cautelar do Paciente.  
- Ordem denegada" (fl. 154).*

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante repisa os argumentos lançados no **writ** originário, reafirmando a existência de constrangimento ilegal, consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação de sua segregação cautelar, sustentando, ainda, que as condições pessoais do paciente seriam favoráveis.

Ressalta que o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente foi utilizado fundamentos genéricos para o indeferimento, distantes do caso concreto e sem considerar as suas condições pessoais.

Assevera que o paciente é primário e possuidor de bons antecedentes, com carteira de trabalho, possuindo residência fixa, além de pessoa muito jovem.

Aduz, ainda, que em hipótese de eventual condenação, fará jus a regime menos gravoso que o fechado.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa, prevista no art. 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida às fls. 165-167.

As informações foram prestadas às fls. 171-174.

O Ministério Público Federal, às fls. 178-182, manifestou-se pela **concessão da ordem**, em parecer assim ementado:

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006).*

*PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. REFERÊNCIA À GRAVIDADE ABSTRATA DA INFRAÇÃO PENAL. ADEMAIS, QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, EMBORA EXPRESSIVA, NÃO É DE ELEVADA MONTA. INSUFICIÊNCIA PARA AMPARAR A CUSTÓDIA CAUTELAR. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO.*

*PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, DETERMINANDO-SE AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA A APLICAÇÃO DE MEDIDA(S) CAUTELAR(ES) DIVERSA(S) DA PRISÃO" (fl. 178).*

É o relatório.

**Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Pretende o impetrante, em síntese, a revogação da prisão preventiva consubstanciada na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação da segregação cautelar do paciente.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

**Inicialmente**, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (**v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello**, DJe de 18/10/2012).

**Na hipótese**, a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

*"Compulsando os autos, e analisando os fatos descritos pela autoridade policial e os documentos juntados por ela até o momento, e atendendo aos argumentos apresentados pelo Ministério Público, entendo que no presente caso há necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva do custodiado. A materialidade do delito, por ora, está comprovada por meio dos documentos juntados aos autos. Conforme consta no Auto de Exibição e Apreensão (fls. 11/12), foram apreendidos sob a posse direta do indiciado 43 invólucros de plástico, com peso de 52 gramas, contendo substância semelhante a maconha (lacre 00001149); assim como 94 invólucros, com peso de 94 gramas, contendo substância semelhante a*

*cocaína (lacre 00001148), substâncias verificadas em laudo de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 13/14). Há indícios suficientes de autoria que recaem sobre o custodiado, eis que ele foi preso em flagrante delito com elevada quantidade de entorpecentes sob sua responsabilidade, pelo que até então apurado, acondicionados de forma individualizada e fracionados em circunstâncias típicas de comércio ilícito, tratando-se de entorpecentes de duas variedades distintas (maconha e cocaína), entre os quais drogas de especial potencial nocivo à saúde humana. Segundo o Boletim de Ocorrência de fls. 08/10, Policiais Militares seguiam em patrulhamento em uma trilha de mata fechada, nas proximidades do condomínio Nova Caraguá II, momento em que avistaram três indivíduos em atitude suspeita, demonstrando nervosismo ao avistarem a viatura policial. Por tal motivo, efetuaram a busca pessoal e encontraram algumas porções de maconha em poder do custodiado, bem como localizaram, ainda, próximo aos indivíduos uma "necessérie" com mais invólucros de maconha e cocaína e a quantia de R\$70,00 em espécie. Ao serem questionados a respeito das drogas encontradas, o custodiado Estevão assumiu ser o proprietário dos entorpecentes apreendidos, esclarecendo que havia acabado de assumir o "posto do serviço" no tráfico do local. Segundo o relato dos Policiais que participaram da abordagem, alguns invólucros de maconha estavam no interior de uma bolsa, que o indiciado carregava em suas costas (fls. 2/3). Ouvido em sede inquisitiva, a testemunha Pedro Igor Alves dos Santos (fls. 04) declarou que: [...].*

*Diante de todo o contexto fático até então apurado, entendo que a prisão preventiva, além de ser adequada à gravidade em concreto, é necessária para garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal. Quanto à ordem pública, é necessário explicitar que o crime em comento, nas circunstâncias concretas, é de extrema gravidade, considerando que o custodiado foi preso em flagrante com substancial quantidade e variedade de entorpecentes, havendo relatos de efetivo comércio de drogas, delito este cuja pena é cumprida geralmente, nestas circunstâncias, em regime inicial fechado, o que justifica ainda a medida gravosa quando da análise ao princípio da homogeneidade das cautelares. Nesse sentido, entende o Legislador que, desde que a permanência do acusado em liberdade possa causar repercussão danosa no meio social, cabe ao Juiz manter ou decretar a custódia cautelar como garantia da ordem pública. A instrução processual também merece resguardo. Ante a natureza do delito e as circunstâncias do fato, conforme os fundamentos acima expostos, a liberdade provisória condicionada ou mesmo as medidas cautelares diversas da prisão são, ao menos por ora, absolutamente inadequadas e insuficientes para o caso concreto aqui analisado, razão pela qual a decretação da prisão preventiva mostra-se medida de rigor.*

*Ante o exposto, com fundamento nos artigos 310, II, 312, e 313, I, do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante de ESTEVÃO GARCIA DO PRADO, em preventiva" (fls. 132-134, grifei).*

A análise do excerto acima transcrito permite a conclusão de que a decisão do Juízo de origem que determinou a segregação cautelar do paciente encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, uma vez que fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de **garantia da ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade e variedade das drogas apreendidas (94 invólucros de **cocaína com peso de 94 g**, e 43 invólucros de **maconha com peso 52 g**), tendo o e. magistrado processante consignado que "*acondicionados de forma individualizada e fracionados em circunstâncias típicas de comércio ilícito, tratando-se de entorpecentes de duas variedades distintas*", circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese.

Colaciono, oportunamente, os seguintes julgados desta eg. Corte que corroboram tal entendimento:

*"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO. [...]"*

*3. Na espécie, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, diante das circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado mantinha no interior de sua residência considerável quantidade de drogas - 308,2 gramas de maconha, dividida em 2 porções -, elementos estes que demonstram a gravidade da conduta imputada ao recorrente, cuja periculosidade social é também corroborada pela existência de anotações em sua ficha criminal, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública e de conter a*

**reiteração delitiva.**

4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

5. A necessidade da segregação fica corroborada na hipótese dos autos, em que sobreveio a sentença, tendo o recorrente respondido a toda a ação penal preso, uma vez que a existência de édito condenatório enfraquece sua presunção de não culpabilidade, de modo que se mostra adequada a manutenção da prisão. Precedentes.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

7. Recurso ordinário improvido" (RHC n. 97.681/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 15/06/2018, grifei).

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO.**

1. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos dos artigos 282, incisos I e II c/c 312 do CPP.

2. O Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial a gravidade em concreto da conduta delitiva, em face da diversidade e da **relevante quantidade das drogas apreendidas - 111,52 g de cocaína e 38,01 g de maconha** - a indicar dedicação habitual à mercancia ilícita, além da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, porquanto o paciente estava foragido.

3. Habeas corpus denegado" (HC n. 442.999/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 06/06/2018, grifei).

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONSTRIÇÃO CORPORAL FUNDADA NO**

**ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

*1. Não há constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública, em razão do modus operandi empregado na conduta delituosa.*

*2. No caso, as particularidades do delito - roubo majorado, em que os acusados, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, em comparsaria com um adolescente, adentraram no estabelecimento comercial, subjugando os funcionários, para subtraír o veículo de um cliente e o aparelho celular do proprietário do local -, somadas à notícia de que um dos recorrentes possui condenações definitivas pela prática do delito de tráfico de drogas, bem evidenciam a ousadia da empreitada criminosa e a maior periculosidade dos agentes, mostrando que a prisão é mesmo devida para o fim de acautelar-se o meio social, evitando-se, inclusive, com a medida, a reprodução de fatos criminosos de igual natureza e gravidade.*

*3. Não há como, em recurso ordinário em habeas corpus, concluir que os réus serão beneficiados com a fixação de regime mais brando, diante das circunstâncias adjacentes ao delito.*

*4. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade, consoante ocorre in casu.*

*5. Incabível a aplicação de cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal quando a segregação encontra-se justificada para acautelar o meio social, diante da gravidade efetiva dos delitos.*

*6. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido e desprovido" (RHC n. 94.112/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15/06/2018, grifei).*

**"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS**

**CORPUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECEPÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REITERAÇÃO DELITIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. HABEAS CORPUS DENEGADO.**

*1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, mantida em sentença, evidenciada na expressiva quantidade de droga apreendida, qual seja, 10 tijolos de cocaína, pesando um pouco mais de 10 quilos, e na reiteração delitiva, pois resta evidenciado que os indiciados fazem de seu meio de vida a traficância e o indiciado Velarindo de Paula Lima é reincidente, o que demonstra a insuficiência das medidas alternativas à prisão para impedir a prática de novos delitos pelo indiciado, não há ilegalidade no decreto de prisão preventiva.*

*2. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública.*

*3. Habeas corpus denegado" (HC n.429.829/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 11/06/2018, grifei).*

Deve-se ressaltar que não se presta a via do **habeas corpus** para análise de desproporcionalidade da prisão em face de eventual condenação do réu, uma vez que tal exame só poderá ser realizado pelo Juízo de primeiro grau, após cognição exauriente de fatos e provas do processo, a fim de definir, se for o caso, a pena e o regime a serem aplicados.

Nesse sentido, "*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 187.669/BA, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, Quinta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 27/06/2011)" (RHC n. 71.563/MG, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup> Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, julgado em 2/8/2016, DJe de 9/8/2016).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por fim, condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, **por si só**s, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, **o que ocorre na hipótese**.

Não se vislumbra, pois, qualquer ilegalidade flagrante no presente caso, apta a ensejar a concessão da ordem, ainda que de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**.

P.I.

Brasília, 22 de março de 2020.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator