

HABEAS CORPUS Nº 564.431 - SC (2020/0052422-2)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : GUSTAVO PISETTA E OUTRO
ADVOGADOS : GUSTAVO PISETTA - SC053475
GUILHERME RAITZ - SC055934
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA
CATARINA
PACIENTE : MALKER MURILO MAGIO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA
CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de MALKER MURILO MAGIO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, **em tese**, dos delitos previstos no art. 33 e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 e art. 244-B da Lei n. 8.069/90.

Irresignada, a Defesa impetrou **habeas Corpus** perante o Tribunal de origem. O Tribunal denegou a ordem, em acórdão de fls. 20-25.

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante, em linhas gerais, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou a segregação cautelar do paciente.

Argumenta que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

A liminar foi indeferida às fls. 94-96.

Informações prestadas às fls. 100-103.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 107-115, manifestou pelo não conhecimento do **writ**, conforme parecer assim ementado:

"EMENTA: PENAL e PROCESSUAL PENAL.

Habeas corpus substitutivo do recurso cabível.

Inadmissão. Tráfico ilícito de entorpecentes. Negativa de autoria. Impossibilidade de exame na via estreita do writ. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Necessidade de garantia da ordem pública. Precedentes do STJ. Ausência de ilegalidade. Não admissão do writ e descabimento da concessão de uma ordem ex officio".

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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constrictiva 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 decisão impugnada está fundamentado nos seguintes termos, **in verbis**:

*"(...) Colhe-se do caderno indiciário que os conduzidos Franklin Nunes de Almeida e **Malker Murilo Bagio** foram presos em flagrante pela prática de tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menores, tipos definidos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 e 244-B da Lei 8.069/90. A documentação coligida revela a apreensão de 1.638,4 gramas de maconha, em três tijolos (evento 1, doe. 1, p. 39) além de três porções menores que totalizaram 12,5 gramas (p. 40), substâncias devidamente identificadas no auto de constatação (p. 44). A apreensão da substância se deu por policiais militares, que testemunharam, portanto, a posse da substância no interior da residência. No local foram observados usuários adquirindo a droga de Henrique, adolescente que acompanhava os conduzidos, os quais foram posteriormente detidos (evento 1, does. 3, 4) e confirmaram a aquisição (evento 1, does. 5 e 6). O serviço de inteligência da polícia afirma ter acompanhado a movimentação na casa com a presença dos três (adolescente e os dois conduzidos) nos três dias que antecederam a prisão (evento 1, doe. 2), evidenciando realização de vendas e entregas pelos conduzidos Franklin e Malker. A testemunha inclusive afirmou textualmente que era Malker quem fazia entregas, ao passo que Franklin, sem outro trabalho, permanecia na residência, ao passo que o adolescente ofertava a droga a terceiros (inclusive em sua rede social e no ambiente escolar) e também vendia no local. Quanto a Franklin, observa-se do evento 3, documento 1, que se trata de possível reincidência do crime de tráfico, já que condenado pelo crime em 11/05/2018. Tais elementos permitem concluir de forma nítida pela prática constante de tráfico de drogas no local e a associação dos conduzidos e do adolescente Henrique, na medida em que se tem a nítida constância da ação e divisão de tarefas, o que revela evidente risco à ordem pública caso respondam ao feito em liberdade, ante a provável reiteração criminosa, plausível diante das características de atuação ordenada, constante e com relevante quantidade de droga em depósito. Necessária, portanto, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública,*

evitando-se a provável reiteração criminosa que exsurge dos fatos, no curso do feito, esta que não pode ser afastada por medidas cautelares diversas da prisão, o que faço com fundamento nos arts. 313, I e 312, caput, do CPP. Quanto aos argumentos da defesa, convém assentar que a existência e residência fixa e ocupação lícita não impedem a decretação da prisão, já que calcada em elementos objetivos extraídos dos fatos demonstrados nos autos, os quais, por si, evidenciam a probabilidade de reiteração criminosa. Também o fato de que eventuais antecedentes não se relacionam com o crime em questão não afasta o risco ora reconhecido. Por fim, a alegação da defesa de que não há evidências de que Malcher realizava o transporte da droga não encontra amparo nos autos, já que o depoimento do policial que conduziu as investigações prévias (evento 1, doc. 2) é claro ao afirmar que em campanha se evidenciou a entrada e saída reiterada do conduzido da residência nos dias que antecederam a prisão" (fls. 80-81, grifei).

Dessarte, na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, aptos a justificar a necessidade de **garantia da ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade de entorpecentes apreendidos: **apreensão de 1.638,4 gramas de maconha, em três tijolos (evento 1, doc. 1, p. 39) além de três porções menores que totalizaram 12,5 gramas**, circunstâncias aptas a demonstrar a necessidade da manutenção de sua prisão cautelar.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes do col. **STF**:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MACONHA E COCAÍNA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os pronunciamentos das instâncias precedentes estão alinhados com a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a gravidade concreta dos fatos justifica a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. 2. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento" (RHC n. 121.750/DF, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe de 4/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECEIO DE REITERAÇÃO. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA.

1. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, ante a gravidade concreta do delito, dada a variedade e quantidade de droga apreendida, bem como o fundando receio de reiteração delitiva, já que o paciente é reincidente específico.

2. Ordem denegada" (HC n. 118.345/SC, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 11/3/2014, grifei).

E desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO. ENUNCIADO N. 52 DA SÚMULA DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM O DISTRITO DA CULPA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A tese de insuficiência das provas da autoria, com afirmação de que o paciente era mero usuário, consiste em alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do habeas corpus ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório.

3. Em relação ao alegado excesso de prazo de segregação, em consulta ao site do Tribunal a quo, verifica-se que os autos encontram-se conclusos para sentença desde 16/4/2019, tendo sido concluída a instrução criminal. Desse modo, incide sobre o caso o Enunciado n. 52 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o qual dispõe que encerrada a

instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

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

5. No caso, o paciente e demais corréus foram presos em flagrante em posse de 136,79g de maconha, 11,11g de crack e 9,15g de cocaína, tendo a segregação sido idoneamente fundamentada na quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, a denotar a periculosidade dos acusados. De fato, o Supremo Tribunal assentou que "a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública" (HC n. 130708, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/3/2016, Publicado em 6/4/2016, grifei).

6. Além disso, ressaltaram as instâncias ordinárias a necessidade da prisão como forma de garantia da aplicação da lei penal, tendo em vista a ausência de vínculo do paciente e corréus com o distrito da culpa, uma vez que eles seriam provenientes da cidade de José Bonifácio e estariam traficando na casa da irmã de um deles.

7. 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 n. 496.060/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 27/05/2019-grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. *Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto dos fatos delituosos e da periculosidade do agente.*

2. *Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes encontrados podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva" (RHC 99.188/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018).*

3. *Na hipótese, foi apreendida grande quantidade e variedade de drogas (03 barras de maconha, 25 invólucros plásticos de cocaína e 07 pedras de crack - totalizando a apreensão de 2,310 gramas de maconha e 1,1 grama de crack).*

4. *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.*

5. *Recurso ordinário em habeas corpus desprovido"* (RHC n. 108.597/MG, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 03/06/2019, grifei).

Deve-se ressaltar, por último, que a presença de circunstâncias pessoais favoráveis não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

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

P.I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

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

Relator