HABEAS CORPUS Nº 558.260 - SP (2020/0014048-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCOS JUNIOR NAVARRO DOS SANTOS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARCOS JUNIOR NAVARRO DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente encontra-se preso preventivamente pela prática, em tese, do delito inscrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fl. 46).

Segundo a acusação, o paciente foi flagrado na posse de 38g (trinta e oito gramas) de maconha e 6g (seis gramas) de cocaína (e-STJ fl. 43).

Impetrado prévio *writ* na origem, a ordem foi denegada (e-STJ fls. 47/51).

Daí o presente *writ*, no qual alega a defesa que a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente carece de fundamentação idônea (e-STJ fl. 4).

Acrescenta ser desnecessária a custódia cautelar, já que se revelariam adequadas e suficientes medidas diversas da prisão (e-STJ fl. 8).

Requer, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. Subsidiariamente, pleiteia a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa (e-STJ fl. 12).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fl. 57).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 31C6F2A2-4E29-4E77-B6D8-BB9C358ED910

writ (e-STJ fls. 76/80).

É o relatório.

Insta consignar, preliminarmente, que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Decorre de comando constitucional expresso que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

No caso, são estes os fundamentos invocados para a decretação da prisão preventiva (e-STJ fls. 45/46):

> *Flagrante formalmente em ordem, não tendo sido distinguido qualquer sinal de violência contra o indiciado. Não vislumbrando nenhuma ilegalidade na constrição ordenada, não há, por ora, razões para determinar o relaxamento, Não obstante a combatividade com que a dd. Defensora presente à audiência pugna pela concessão de liberdade provisória ao indiciado preso em flagrante, circunstâncias relevantes e presentes na espécie justificam a conversão da referida prisão cautelar em flagrante em prisão preventiva. Com efeito, o indiciado mostra-se presente a hipótese do art. 313, inciso I, do CPP. Segundo consta dos autos, policiais militares surpreenderam o réu com as drogas, apreendendo quantia em espécie , inclusive, havendo informação de que estaria fazendo a venda do entorpecente. Evidentemente que os fatos deverão ser apurados com maior profundidade durante as investigações nos autos principais; no entanto, pelo momento, se faz por necessária a manutenção da custódia do acusado, para a garantida da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal; a propósito, como destacado pelo Ministério Público, o indiciado, ainda menor, respondeu também por ato infracional de mesmo conteúdo que o crime que ora responde.*
>
> *Não se olvide que o tráfico de drogas é crime que desestabiliza a sociedade, comumente móvel da prática de outros delitos, em especial contra o patrimônio por parte de usuários, tudo a revelar gravidade significativa a ensejar a prisão cautelar em sua modalidade preventiva. Não se nega que a prisão processual seja medida excepcional, em vista do princípio constitucional da presunção de inocência, reservada a casos em que a manutenção do réu em liberdade realmente represente risco inaceitável para a eficácia instrumental do processo ou à ordem pública, como já destacado, incorre na espécie. Frisa-se, no caso vertente as*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 31C6F2A2-4E29-4E77-B6D8-BB9C358ED910

> *circunstâncias trazidas no auto de prisão em flagrante dão conta da prática do delito segundo supra destacado, recomendando a prisão processual. A propósito, a questão pertinente ao reconhecimento de eventual privilégio é matéria de mérito que não comporta aferição no presente momento, destacando, como bem anotado pelo Ministério Público que, em tese, sequer se configuraria a hipótese nos autos . Seja como for, mostra-se prematuro qualquer pronunciamento sob tal questão no presente momento processual. Por esses motivos, não se mostra suficiente a adoção das medidas cautelares de que trata o art. 319 do CPP, razão pela qual CONVERTO a prisão em flagrante em preventiva do indiciado MARCOS JÚNIOR NAVARRO DOS SANTOS nos termos do art. 310, inciso II, do mesmo diploma legal. Expeçam-se mandados de prisão.*

Ao examinar o trecho acima transcrito, entendo que a fundamentação apresentada, embora demonstre o *periculum libertatis*, é insuficiente para a imposição da prisão cautelar ao paciente.

Como é cediço, a custódia cautelar é providência extrema, que, como tal, somente deve ser ordenada em caráter excepcional, conforme disciplina expressamente o art. 282, § 6º, do Diploma Processual Penal, segundo o qual "*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*".

Nos dizeres de Aury Lopes Jr., *"a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.* [...] *As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado"* (Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86).

A despeito de ter anotação pela prática de ato infracional análogo ao delito em questão, deve-se destacar que a quantidade de droga apreendida – 38g (trinta e oito gramas) de maconha e 6g (seis gramas) de cocaína – justifica, tão somente, a imposição de medidas cautelares alternativas, revelando-se a prisão, *in casu*, medida desproporcional.

Assim, entendo ser suficiente a imposição de medidas alternativas à

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 31C6F2A2-4E29-4E77-B6D8-BB9C358ED910

prisão, com base no art. 319 do Código de Processo Penal, a fim de garantir a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Nesse sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP.*
>
> *2. O decreto de prisão preventiva apontou o fato de os recorrentes haverem sido presos "com grande quantidade de cocaína (92 pinos) […] de modo que a prisão cautelar se mostra imprescindível para garantir a ordem pública".*
>
> *3. As demais considerações externadas pelo Magistrado, atinentes à vedação legal à liberdade provisória e à necessidade da cautela para a aplicação da lei penal, devem ser afastadas, pois é imprescindível a análise dos requisitos do art. 312 do CPP nos casos de tráfico de entorpecentes e não foram indicados, no édito prisional, comportamentos dos réus tendentes a esquivarem-se da responsabilização penal (tentativa de fuga, obstrução de prova etc.).*
>
> *4. Em que pese a concreta fundamentação da custódia para garantia da ordem pública, na miríade de providências cautelares previstas nos arts. 319, 320 e 321, todos do CPP, a decretação da prisão preventiva será, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado.*
>
> *5. Sob a influência do princípio da proporcionalidade e considerando que os recorrentes são primários, possuem ocupação lícita e residência fixa, foram surpreendidos dentro de veículo (condutor e passageiros) com 68,2 g de cocaína, sem investigações policiais prévias ou maiores sinais de que se dedicavam ao tráfico de drogas de forma profissional ou de que integrassem organização criminosa, é adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (art. 319, I, II e V, do CPP).*
>
> *6. Recurso ordinário provido para substituir a prisão preventiva dos recorrentes pelas medidas previstas no art. 319, I, II e V, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas.* (RHC 83.174/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 23/06/2017.)

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 31C6F2A2-4E29-4E77-B6D8-BB9C358ED910

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Inteligência do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

2. Na espécie, a segregação antecipada se mostra desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, considerando-se a primariedade da acusada (sem registro de envolvimento em quaisquer delitos anteriores, com residência fixa) e as circunstâncias do crime (trata-se de pequena traficante, que leva droga para o estabelecimento prisional do companheiro, por vinculação afetiva).

3. Ordem concedida a fim de revogar a prisão preventiva da ora paciente, impondo-se-lhe, em substituição, as medidas cautelares alternativas descritas no art. 319, I e II, do Código de Processo Penal (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo Juiz de origem, para informar seu endereço e justificar suas atividades, e proibição de frequentar unidade prisional para visita ao marido/companheiro, enquanto perdurar o processo criminal), sem prejuízo de outras medidas que o Juízo a quo julgar cabíveis e adequadas ao caso. (HC 356.509/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTARES DO TIPO PENAL. PACIENTE PRIMÁRIO, PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. No caso, a decisão singular não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente; somente faz referência às elementares do tipo penal e à gravidade abstrata do delito.

4. Condições subjetivas favoráveis, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que o acusado foi flagrado na posse de 21,29g de

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 31C6F2A2-4E29-4E77-B6D8-BB9C358ED910

> *cocaína e crack,* ***sendo adequada e proporcional a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Precedentes.***
>
> ***5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para revogar o decreto prisional do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação preventiva por medidas cautelares diversas, à critério do juízo processante, sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada***. (HC 380.308/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017, grifei.)

Como dito, aquelas considerações analisadas em conjunto levam-me a crer ser desproporcional a imposição da prisão preventiva, revelando-se mais adequada a imposição de medidas cautelares alternativas, em observância à regra de progressividade das restrições pessoais, disposta no art. 282, §§ 4º e 6º, do Código de Processo Penal, ao determinar, **expressa e cumulativamente**, que **apenas em último caso** será decretada a custódia preventiva e ainda quando não for cabível sua substituição por outra cautelar menos gravosa.

Na espécie, insta salientar que o magistrado que conduz o feito em primeiro grau, por estar próximo aos fatos, possui melhores condições de decidir quais medidas são adequadas ao paciente.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal a serem definidas pelo Juízo local.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 31C6F2A2-4E29-4E77-B6D8-BB9C358ED910