SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 563121 - SP (2020/0044512-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VANESSA MORAIS KISS - SP314903
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEX ROBERTO FIGUEIREDO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX ROBERTO FIGUEIREDO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2235345-48.2019.8.26.0000).

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante no dia 17/10/2019 (prisão convertida em preventiva) pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte estadual questionando a fundamentação do decreto constritivo do paciente e alegando estarem ausentes os requisitos do art. 312 do CPP.

O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 22):

> *Habeas Corpus - Tráfico de drogas - Pretensão de revogação da prisão preventiva e concessão de liberdade provisória, com a expedição liminar de alvará de soltura - Impossibilidade. Presença dos requisitos da custódia cautelar - R. Decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva que se encontra devidamente fundamentada - Provas da materialidade do crime de tráfico e indícios suficientes de autoria - Paciente incurso, em tese, em prática de crime hediondo, para o qual é legalmente vedada a liberdade provisória, conforme o art. 44, da Lei de Drogas - declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo C. STF que se deu incidenter tantum - decisão que não vincula esta E. Corte. Ausência de afronta ao princípio da presunção de inocência - Estado que detém os meios cabíveis para a manutenção da ordem pública, ainda que em detrimento da liberdade do cidadão, nos casos em que tal medida se mostrar necessária. Inviabilidade da aplicação de medidas cautelares alternativas, por insuficiência, inadequação e desproporcionalidade aos fatos tratados nos autos principais. Não cabimento, nos estreitos limites desse writ, da análise do mérito da acusação feita ao Paciente, seja quanto a classificação jurídica*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002762 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 01/04/2020 19:43:32
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 36c6d53c-9580-4a2a-8a3b-0a2494a9cdee

dos fatos que lhe são imputados, seja quanto a quaisquer outras matérias, que se reservam para a devida apreciação do Juízo competente para o julgamento da ação ou para análise de eventual recurso de apelação. Ordem denegada.

Na presente oportunidade, a defesa reitera que os requisitos autorizadores para a manutenção da prisão preventiva (art. 312 do CPP) não são visualizados no caso e que o decreto constritivo do paciente não apresenta a fundamentação adequada.

Aduz, ainda, que o autuado é absolutamente primário, possui bons antecedentes e residência fixa, tendo supostamente cometido crime sem violência ou grave ameaça, de modo que, caso condenado, poderá vir a cumprir a pena em regime diverso do fechado.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a expedição do alvará de soltura do paciente ou, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva do paciente pela prisão domiciliar.

É o relatório, **decido**.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no habeas corpus é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal. Do mesmo modo, o recurso adequado contra acórdão que julga recurso em sentido estrito é o recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto 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.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002762 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 01/04/2020 19:43:32
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 36c6d53c-9580-4a2a-8a3b-0a2494a9cdee

Entendo ser o caso em exame.

Eis os fundamentos declinados no decreto prisional (e-STJ fls. 18/20):

> *Vindo o presente flagrante ao conhecimento deste Magistrado, cabe, conforme preceitua o artigo 310 do CPP, a analise do cabimento do relaxamento da dita prisão, a hipótese da concessão da liberdade provisória ou conversão do flagrante em preventiva.*
> *Afasto desde logo o relaxamento da prisão em flagrante por entender que não se deu de maneira ilegal.*
> *Também, considerando-se o crime em tese praticado, entendo que as medidas cautelares do rol do artigo 319 do CPP se mostram insuficientes e inadequadas, uma vez que a concessão da liberdade neste momento, se mostra prematura.*
> *Há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva.*
> *A quantidade de drogas apreendidas não é de toda insignificante. Conforme auto de exibição e apreensão, foram apreendidas 4 gramas de cocaína, divididas em 02 flaconetes, 01 pedra de crack pesando 1 grama e 94 gramas de maconha acondicionadas em 27 porções. Quantidade suficiente a ceifar várias vidas que todos os dias são expostas a número cada vez maior de traficantes.*
> *Havia, ainda, dinheiro com o autuado em notas diversas, tudo a corroborar com a venda de drogas.*
> *Neste momento, entendo que eventuais condições favoráveis ao autuado não são obstáculos à prisão preventiva, eis que, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, tais circunstâncias eventualmente favoráveis ao autuado devem ser mitigadas frente ao interesse de todo uma sociedade, uma vez que a conduta do autuado é de extrema gravidade.*
> *O fato do autuado dizer que é usuário de drogas, em especial de cocaína, restou afastado diante de todo o contexto em que se deu a prisão. Conforme preceitua o artigo 28 da Lei de Drogas, o Juiz para determinar se as drogas se destinavam ao consumo deve se atentar ao quanto exposto no referido dispositivo legal.*
> *Então, vejamos: 27 (vinte e sete) porções de maconha, 02 (dois) flaconetes de cocaína e 01 (uma) pedra de crack, em regra, não é quantidade portada por usuários que não ficam nas esquinas e lugares ermos para consumir a droga. Tampouco carregam consigo importâncias em dinheiro tal qual a apreendida (R$ 175,00).*
> *A presunção de que o autuado seria um simples usuários é relativa. Nada impede que o autuado seja, realmente um traficante, tentando fazer-se crer usuários apenas porque disse ser. Não se trata de achismo por parte deste Juízo, trata-se de um conjunto de circunstâncias e provas colhidas em solo policial que deverão ser analisadas na instrução criminal.*
> *Desta forma, entendo que o crime cometido pelo autuado ocasiona na sociedade um sentimento negativo e, caso seja colocado em liberdade, o sentimento negativo da sociedade passa à sensação de impunidade, da total ausência do Estado-juiz.*
> *Na cátedra do professor e Desembargador Guilherme de Souza Nucci: "A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização e sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 2013, p. 670).*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002762 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 01/04/2020 19:43:32
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 36c6d53c-9580-4a2a-8a3b-0a2494a9cdee

Assim, necessária a segregação cautelar do autuado, para a garantia da paz social e da tranquilidade da sociedade que não pode ficar a mercê da traficância de entorpecentes nas portas de seus lares, nas praças e esquinas de seus bairros, sendo que a liberdade prematura, nesta fase, do autuado coloca em descrédito a justiça.
O periculum libertatis resta configurado uma vez que o autuado não comprovou que possui uma ocupação lícita, o que evidencia que pode se furtar à aplicação da lei penal.
Além do mais diante do quadro exposto, a prisão cautelar não se mostra desarrazoada e nem impõe ao autuado uma pena antecipada porque não tem relação com a culpabilidade do autuado.
Assim, entendo presentes os requisitos ensejadores para a conversão da prisão em flagrante em preventiva quais sejam: indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, garantia da ordem pública.
De outra sorte, não vislumbro que quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, sejam suficientes e adequadas para que, em liberdade, o autuado não volte a se dedicar ao comércio maldito.
Isto posto, com fulcro no artigo 310, inciso II e artigo 312, todos do Código de Processo Penal, e, a requerimento do Ministério Público, converto a prisão em flagrante de ALEX ROBERTO FIGUEIREDO em preventiva.

Nota-se que a decisão faz apenas ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e sobre o mal social decorrente de sua prática. Além disso, a quantidade de droga apreendida não pode ser considerada expressiva – 94g de maconha, 4,0g de cocaína e 1,0g de crack (e-STJ fl. 25) –, a ponto de sustentar a necessidade da segregação, mormente quando se trata de réu primário.

A propósito, "se a quantidade de droga apreendida é reduzida e estão ausentes outros elementos que autorizem conclusão acerca do envolvimento profundo ou relevante do agente com o tráfico de drogas, não se justifica a prisão preventiva para resguardar a ordem pública". (HC n. 112.766/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/11/2012, DJe 7/12/2012).

Ainda nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADORA RELATORA QUE INDEFERIU PEDIDO LIMINAR NA ORIGEM. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NA CORTE DE ORIGEM. PREJUDICIALIDADE. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT PREJUDICADO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.
1. A superveniência de julgamento do mérito pelo Tribunal estadual prejudica a análise das teses constantes de habeas corpus que se insurgia contra o indeferimento do pedido liminar na origem. No caso, contudo, há ilegalidade flagrante a ser reparada de ofício por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.
2. 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 comissi 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.

3. 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.

4. Hipótese em que, na decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, o Magistrado afirmou genericamente que "crimes desta natureza são graves e alimentam outros delitos", mas não demonstrou, com base em dados concretos extraídos dos autos, a necessidade concreta da manutenção da prisão da Paciente.

5. Ademais, a quantidade de droga apreendida - 132g de maconha e 4,3g de cocaína - não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis da Paciente.

6. Habeas corpus prejudicado. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, revogar a prisão preventiva da Paciente, se por outro motivo não estiver presa, advertindo-a 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.

(HC 529.675/RO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida 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 art. 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, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

> *3. O decreto de prisão preventiva não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente, limitando-se a fazer referência à presença dos requisitos previstos no Código de Ritos, sem ressaltar, contudo, qualquer aspecto relevante da suposta conduta perpetrada pelo paciente que demonstre o efetivo risco à ordem pública, à instrução criminal e à futura aplicação da lei penal.*
> *4. Afirmações genéricas e abstratas a respeito da periculosidade do crime não são bastantes para justificar a custódia preventiva. A quantidade da droga apreendida (16g de cocaína e 247g de maconha), no caso, também não justifica, por si só, o encarceramento preventivo, devendo prevalecer, no momento, as circunstâncias favoráveis, em especial, o fato de ser primário e apresentar registros de trabalho lícito desde a adolescência até muito recentemente. Além disso, cabe considerar a menoridade relativa do paciente na data dos fatos imputados.*
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente, ressalvada a prisão por outro motivo ou decisão superveniente motivada, bem como a possibilidade de o Juízo processante aplicar as medidas cautelares que considerar imprescindíveis.*
> (HC 535.580/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe 12/12/2019)

Assim, diante do contexto fático traçado nos autos, entendo que a prisão preventiva do paciente não se justifica, porquanto ausente a excepcionalidade exigida na norma processual penal (art. 312 do CPP) para a restrição total da liberdade.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para revogar a prisão do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a serem fixadas pelo Juízo processante, salvo se por outro motivo estiver preso.

Intimem-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002762 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): REYNALDO SOARES DA FONSECA Assinado em: 01/04/2020 19:43:32
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 36c6d53c-9580-4a2a-8a3b-0a2494a9cdee