

HABEAS CORPUS Nº 570.446 - SP (2020/0079235-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ISABELLA BENITEZ GALVES - SP330270
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em face de acórdão assim relatado (fl. 63):

Trata-se de “Habeas Corpus” impetrado pela Defensora Pública Mariana Borgheresi Duarte a favor do paciente Gustavo da Silva, preso em flagrante delito por crime de tráfico de drogas, insurgindo-se contra despacho que converteu sua prisão em flagrante em preventiva.

Afirma a impetrante ser o paciente primário, além de não estar suficientemente fundamentado o despacho que converteu sua prisão em flagrante delito em preventiva, sendo que a manutenção de sua custódia vem acarretando a ele grave constrangimento ilegal.

A liminar pleiteada foi indeferida.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora.

O Procurador de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 12/2/2020 e teve sua prisão convertida em preventiva no dia 13/2/2020 pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Sustenta a impetrante, em síntese, ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva. Alega, em sede de liminar, o risco de contágio da nova epidemia.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para revogar a prisão preventiva ou, subsidiariamente, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Na origem, o processo n. 1503380-54.2020.8.26.0228 encontra-se na fase de apresentação da defesa prévia, conforme informações processuais eletrônicas do *site* do Tribunal *a quo* consultadas em 1/4/2020.

É o relatório.

DECIDO.

A concessão de liminar em habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se, de plano, evidente constrangimento ilegal.

Inicialmente, quanto à crise mundial da Covid-19, verifica-se que a matéria referente à aplicação Recomendação 62 do CNJ não foi objeto de análise pelo colegiado do Tribunal de origem, conforme cópia de decisão de fls. 62-65, sequer pelo Juízo de piso - pelo que se infere das peças juntadas nos autos. Então, esse ponto não poderá ser conhecido por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Dessa forma, verificada a supressão de instância, não há como perquirir acerca desta matéria. Nesse sentido: HC 360.484/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018; AgRg no Resp 1716705/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018; HC 430.992/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018; AgRg no HC 363.567/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

Consta do decreto de prisão (fls. 47/50):

1. Em análise preliminar, não verifico a existência de qualquer irregularidade apta a macular a prisão em flagrante, tendo sido observados todos os requisitos constitucionais e legais. O auto de prisão em flagrante encontra-se formalmente em ordem, não havendo nulidades ou irregularidades a serem declaradas ou sanadas. A situação fática encontra-se subsumida às hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal. Em suma, não há motivo que justifique o relaxamento da ordem flagrancial. Portanto, HOMOLOGO a prisão em flagrante do/a(s) autuado/a(s), devidamente identificado/a(s) e qualificado/a(s), o que faço com fundamento no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal e no artigo 5º, incisos LXI, LXII, LXIII e LXIV, da Constituição Federal. 2. Apresentado/a(s) o/a(s) autuado/a(s) em audiência de custódia (CPP, art. 310), questionou-se pormenorizadamente sobre as circunstâncias da prisão, nos exatos termos da Resolução nº 213/2015 do CNJ e da Resolução nº 740/2016 do Órgão Especial do TJSP, em cumprimento aos artigos 7º e 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica), admitida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678/1992. 3. Diante da indicação de tortura ou maus tratos, violência ou excesso, consistentes em:

tapas no rosto, houve encaminhamento para a realização de exame de corpo de delito, que deve verificar a compatibilidade de eventuais lesões com o relatado. OFICIE-SE ao Juiz Corregedor Permanente e Distribuidor de 1ª Instância da Justiça Militar do Estado de São Paulo (em caso de Polícia Militar), bem como ao Ministério Público, com cópia desta decisão e do IML para tomada das providências cabíveis à espécie. 4. Para a decretação da custódia cautelar, a lei processual exige a reunião de, pelo menos, três requisitos: dois fixos e um variável. Os primeiros são a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. O outro pressuposto pode ser a tutela da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal, demonstrando-se o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (receio de perigo) e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (CPP, art. 312, caput e § 2º c/c art. 315, § 2º). Ademais, deve-se verificar uma das seguintes hipóteses: a) ser o crime doloso apenado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; b) ser o investigado reincidente; c) pretender-se a garantia da execução das medidas protetivas de urgência – havendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; d) houver dúvida sobre a identidade civil do investigado ou não fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la (CPP, art. 313). No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de TRÁFICO DE DROGAS (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante, em especial as declarações colhidas, o auto de apreensão e o laudo de constatação da droga. **Consta que o autuado foi flagrado trazendo consigo para fins de tráfico 32 cilindros plásticos e mais 81 invólucros plásticos contendo maconha.** Em seu poder também foi apreendida a quantia de R\$ 10,60. Ademais, segundo anota a jurisprudência: (a) “conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas” (STF, HC nº 94.806/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16/04/2010); (b) “embora o paciente seja primário e não ostente maus antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante, somadas à quantidade e à forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes encontradas em seu poder - 100 porções de cocaína e 29 porções de maconha - levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas” (STJ, HC nº 235.760/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 12/06/2012); (c) a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, afastando a minorante (STF, HC nº 103.118, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/03/2012); (d) “embora primária, revela acentuada periculosidade, na medida em que guardava, para fins de tráfico, vultosa quantidade de entorpecente com alto poder vulnerante, [...] a denotar seu envolvimento

intenso com o tráfico em larga escala. Essa circunstância é que impede a aplicação do redutor, não apenas o volume da droga” (TJSP, ACr nº 0002003-03.2016.8.26.0604, Rel. Des. Pinheiro Franco, 5ª Câmara de Direito Criminal; j. 18/05/2017). Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes). Neste aspecto, veja-se que NÃO há comprovação de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) – sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento. NÃO há ainda comprovação de endereço fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal. Ressalto também que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade. É que “o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis” (STJ, HC nº 0287288-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje. 11/12/2013). “A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar. A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência” (STJ. HC nº 34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher, j. 14/02/2000). **Aliás, as circunstâncias não são tão favoráveis assim: completada há pouco a maioridade, embora haja primariedade técnica, verifico a existência de registro de ato infracional análogo ao crime de tráfico, encontrando-se o autuado em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida (segundo por este informado nesta audiência).** E segundo a jurisprudência, a prática de atos infracionais anteriores serve para justificar a decretação ou manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Isso porque ela indica que a personalidade do agente é voltada à criminalidade, fundamentando receio de reiteração, considerando-se notadamente a gravidade específica do ato infracional cometido e o tempo decorrido entre o ato infracional e o crime (STJ, 3ª Seção, RHC nº 63.855/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 11/05/2016). Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor. Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque au sentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme toda a fundamentação acima (CPP, art. 282, § 6º). E não se trata aqui de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (CPP, art. 313, § 2º), mas sim de que as medidas

referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública. 5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação, motivo pelo qual CONVERTO a prisão em flagrante de GUSTAVO DA SILVA em preventiva, com fulcro nos artigos 310, inciso II, 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Como se vê, consta da decisão de prisão circunstância fática que demonstra, neste juízo inicial, a gravidade concreta do crime, em face da expressiva quantidade de drogas apreendidas, tratando-se de 32 cilindros plásticos e mais 81 invólucros plásticos contendo maconha pesando aproximadamente 245,4 gramas (fl. 36). Além disso, consta, também, fundamentação concreta em vista da reiteração delitiva, um vez que *completada há pouco a maioridade, embora haja primariedade técnica, verifico a existência de registro de ato infracional análogo ao crime de tráfico, encontrando-se o autuado em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida*

Pacífico é o entendimento nesta Corte Superior de que, embora não sirvam fundamentos genéricos (do dano social gerado por tráfico, crime hediondo, ou da necessidade de resposta judicial) para a prisão, podem a periculosidade e riscos sociais justificar a custódia cautelar no caso de tráfico, assim se compreendendo a especialmente gravosa natureza ou quantidade da droga. Nesse sentido: HC n. 291125/BA – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 3/6/2014; AgRg no RHC n. 45009/MS – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – DJe 27/5/2014; HC n. 287055/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 23/5/2014; RHC n. 42935/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 28/5/2014.

Esta Corte tem compreendido que a periculosidade do acusado, evidenciada na reiteração delitiva, constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Nesse sentido: HC n. 286854/RS – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Felix Fischer – DJe. 1º-10-2014; RHC n. 48002/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 4/8/2014; RHC n. 44677/MG – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 24/6/2014.

Cumpra observar, por oportuno, que, ressalvada compreensão diversa, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC n. 63.855/MG, firmou entendimento segundo o qual não constitui constrangimento ilegal a manutenção da custódia cautelar com fulcro em

anotações registradas durante a menoridade do agente se a prática de atos infracionais graves, reconhecidos judicialmente e que não distam da conduta em apuração, que são aptas a demonstrar a periculosidade do custodiado. Da mesma forma passou a entender esta Sexta Turma (RHC 77.874/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 29/11/2016).

Havendo, portanto, 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. A esse respeito: HC n. 325.754/RS – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) – DJe 11/09/2015 e HC n. 313.977/AL – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 16/03/2015.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Solicitem-se informações.

Após, ao Ministério Público Federal, para manifestação.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator