

HABEAS CORPUS Nº 549.790 - SP (2019/0363099-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIELA MONI MARINS TOZETTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAYKON OLIVEIRA DE ARAUJO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MAYKON OLIVEIRA DE ARAUJO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no HC n.º 2236313-78.2019.8.26.0000.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 18/10/2019, pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da apreensão de 26 porções de **maconha** pesando aproximadamente **26g (vinte e seis gramas)**, 247 porções de **maconha** pesando aproximadamente **26g (vinte e seis gramas)** e um tijolo de **maconha** pesando aproximadamente **463,78g (quatrocentos e sessenta e três gramas e setenta e oito centigramas)**. A prisão em flagrante foi convertida em preventiva (fls. 46-47).

Irresignada com a prisão preventiva do Paciente, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, que denegou a ordem (fls. 72-77).

No presente *writ*, sustenta a Impetrante que não estão presentes os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, bem como que o decreto prisional carece de fundamentação idônea. Informa que o Paciente possui condições pessoais favoráveis.

Aduz desproporcionalidade entre a custódia preventiva e a eventual condenação imposta.

Superior Tribunal de Justiça

Sustenta a possibilidade de substituição do encarceramento *ante tempus* por medidas cautelares diversas.

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva, com ou sem aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 85-87.

Foram prestadas informações às fls. 94-117 e 118-121.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 125-132, opinando pelo não conhecimento do *writ* ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

O decreto prisional está assim fundamentado (fls. 49-51):

"[...]

O tráfico de drogas delito em tese praticado pelo autuado é apenado com reclusão, de 5 a 15 anos. Está, então, atendido o requisito objetivo do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Ademais, MAYKON não demonstrou exercer atividade lícita e, em liberdade, não encontrará obstáculos para prosseguir no comércio ilícito de drogas e para continuar a colocar a sociedade em risco.

Se ele efetivamente trabalhasse, como alegou, não ficaria em ponto de venda de drogas às 23h00.

Assim, como garantia da ordem pública, MAYKON deve permanecer custodiado.

Estão também satisfeitos os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Sobre a suficiência de tais elementos para a decretação da prisão, já decidiu o E. Tribunal de Justiça:

"[...]

Converto, pois, a prisão em flagrante em preventiva. Expeça-se o respectivo mandado.

Intime-se."

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a prisão cautelar nos seguintes termos (fls. 74-77; sem grifos no original):

"[...]

O paciente foi preso em flagrante, em 17 de outubro de 2019, pela suposta prática de tráfico de drogas, tendo sido a prisão convertida em preventiva em sede de audiência de custódia (fls. 30/35 dos autos originais).

Consta dos autos de prisão em flagrante delito que, no dia dos fatos local, policiais militares em patrulhamento de rotina avistaram o paciente, sendo certo que permanecem exercendo a atividade ilegal do tráfico de entorpecentes. De imediato, resolveram abordar MAYKON, quando encontraram no bolso de sua bermuda, 26 (vinte e seis) porções

de maconha, acondicionadas em um saco transparente pesando aproximadamente 26g (vinte e seis gramas). Informou ainda o paciente que na residência situada na Viela Jacatirão havia mais entorpecentes. Os policiais se deslocaram para o local e no interior da residência encontraram 247 (duzentos e quarenta e sete) porções de maconha pesando aproximadamente 26g (vinte e seis gramas) e 01 (um) tijolo de maconha pesando aproximadamente 463,78g (quatrocentos e sessenta e três gramas e setenta e oito centigramas), conforme auto de exibição e apreensão de fls. 12/13.

Pois bem.

Em que pese o inconformismo, não se vislumbra teratologia ou ilegalidade a ser sanada pela via do habeas corpus.

Não obstante o louvável esforço defensivo, incabível falar em ausência de fundamentação idônea, visto que o tráfico de drogas é crime que se reveste de enorme gravidade, causando enorme desassossego à ordem pública, disseminando o vício, devastando inúmeras famílias, além de estar, não raro, relacionado a uma gama de outros delitos. Tal potencial deletério constituiu razão mais do que plausível para a opção adotada prudentemente pelo legislador pátrio de equiparar tal delito àqueles enumerados no rol dos hediondos, tornando-o, portanto, insuscetível de indulto, graça ou anistia.

É certo que o indivíduo que se propõe a comercializar entorpecentes representa inequívoca perturbação e perigo à ordem pública, causando temor e insegurança nos arredores de onde pratica o comércio espúrio, não se podendo em absoluto afirmar que o fundamento de garantia da ordem tenha sido invocado de forma genérica pelo Juízo de piso no caso em tela.

Assim, a decisão encontra amparo no artigo 312 do Código de Processo Penal, pois além de haver indícios de autoria e materialidade, a gravidade do crime imputado à paciente recomenda a aplicação do cárcere cautelar como meio de assegurar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal.

Nesse contexto, a revogação de sua prisão preventiva configurar-se-ia como medida temerária, capaz de engendrar perturbação social, não havendo garantia alguma de que, caso solto, não voltará a delinquir.

Desse modo, mostra-se perfeitamente razoável a custódia preventiva para garantia da ordem pública. Ao se defrontar com as particularidades do caso concreto que tem diante de si, é lícito ao juiz embasar sua decisão utilizando-se de expressões de cunho genérico, sendo desnecessária, nesse estágio, a minudência de fundamentação própria de uma sentença condenatória.

Outrossim, é oportuno destacar que o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, admite a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, como in casu, contanto que atendidos os requisitos elencados no artigo 312 do mesmo diploma legal.

Superior Tribunal de Justiça

Tampouco há que se falar que a prisão preventiva corresponde a uma 'antecipação da pena'. Em sua seminal obra Teoria Pura do Direito, o mestre Hans Kelsen já preconizava que a prisão preventiva inscrevia-se naquela categoria de atos coercitivos que não possuíam o caráter de sanções, na qual 'o pressuposto da privação da liberdade não é uma determinada conduta do indivíduo que essa medida atinge, mas a suspeita de uma tal conduta' (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 44).

Entretanto, em que pese seu conteúdo material coincidir com aquele da prisão-sanção, a custódia preventiva não se reveste de natureza sancionatória, possuindo, antes, caráter acautelatório, não correspondendo à antecipação de pena imposta em eventual sentença condenatória, desde que, evidentemente, presentes seus requisitos autorizadores e atendidos os critérios de razoabilidade.

Com relação a uma eventual desproporcionalidade da prisão preventiva em caso de condenação futura que imponha regime mais brando, é preciso frisar que neste momento trata-se de mera conjectura, cuja concretização dependerá de um acurado exame do conjunto probatório, no âmbito dos autos principais, não servindo para lastrear a pretensão da paciente à liberdade provisória, porquanto presentes outros elementos que clamam pela manutenção da custódia.

Ainda que a paciente seja primária, tal predicado, por si só, não tem o condão de revogar o decreto cautelar enquanto subsistirem motivos que justifiquem a manutenção do cárcere preventivo, conforme previsão do artigo 312 do Código de Processo Penal. Vide, nesse sentido, jurisprudência do C.

Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Por fim, é imperativo salientar que não se trata de hipótese em que a liminar ou a ordem de habeas corpus seja manifestamente cabível, principalmente pelo fato de a denegação da tutela estar consubstanciada na análise casuística de elementos objetivos inerentes à paciente e ao procedimento criminal, em atenção, ainda, ao princípio do livre convencimento motivado.

Ante o exposto, pelo meu voto, não vislumbrado o alegado constrangimento ilegal, denego a ordem."

Como se observa, o Magistrado de piso, referendado pela Corte de origem, decretou a prisão preventiva calcada em fundamentação genérica, pois não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, a qual está amparada tão somente na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, bem como no fato do Paciente não ter comprovado o exercício de atividade lícita. Ressalto que o Paciente não possui anotações em sua folha de antecedentes (fl. 45) e a quantidade de droga apreendida não foi utilizada para decretação da custódia cautelar.

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, incisos 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.

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.

No que diz respeito especificamente ao tráfico de drogas, não obstante seja legítima, em termos de política criminal, a preocupação com o seu alastramento na sociedade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que **fundamentos vagos**, aproveitáveis em qualquer outro processo, como o de que se trata de delito ligado à desestabilização de relações familiares ou o de que se trata de crime que causa temor, insegurança e repúdio social, não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, porque **nada dizem acerca da real periculosidade do agente**, que só pode ser decifrada à luz de elementos concretos constantes dos autos.

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus*, para revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, advertindo-o 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.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora