

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 124.048 - MG (2020/0036660-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE : KAUAN DE JESUS SILVA (PRESO)
ADVOGADO : VALÉRIA CARLA SILVA - MG114638
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto em favor de **KAUAN DE JESUS SILVA**, contra acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, à pena de 5 anos, 2 meses e 1 dia de reclusão, em regime inicial fechado. O d. Magistrado sentenciante negou o direito de apelar em liberdade.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante a eg. Corte de origem, que denegou a ordem, nos termos do acórdão juntado às fls. 74-77, com a seguinte ementa:

"EMENTA: "HABEAS CORPUS" – TRÁFICO DE DROGAS – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA."

No presente **recurso**, o recorrente sustenta, em síntese, que sofre constrangimento ilegal decorrente da ausência dos requisitos legais e de fundamentação idônea da prisão, destacando, por conseguinte, que as condições pessoais são favoráveis e que faz jus à substituição da segregação por medidas cautelares diversas.

Requer, ao final, o provimento do recurso para revogar a prisão preventiva, a fim de que possa aguardar o julgamento do recurso em liberdade,

e, subsidiariamente, a fixação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 120-121).

Informações prestadas às fls. 129-134.

O Ministério Público Federal, às fls. 141-145, manifestou-se pelo **provimento** do recurso em parecer com a seguinte ementa:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). RÉU CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA À PENA DE 5 (CINCO) ANOS, 2 (DOIS) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE REFERÊNCIA A ELEMENTOS CONCRETOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, EMBORA EXPRESSIVA, NÃO É DE ELEVADA MONTA. PRIMARIEDADE. SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO, PARA QUE O RECORRENTE POSSA AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA, MEDIANTE A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM.”

É o relatório.

Decido.

Pretende o recorrente, em síntese, a revogação de sua prisão preventiva por entender ausentes os requisitos legais e fundamentação idônea para o decreto e manutenção desta.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva 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).

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma, Rel^a. Min^a. Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014.

Na hipótese, a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

"[...] Consta dos elementos de informação que, na data de 10 de setembro de 2019, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido por este juízo nos autos do processo nº 0021421-28.2019.8.13.0621, policiais militares encontraram e apreenderam na residência do conduzido a quantia de R\$ 8.879,00 (oito mil oitocentos e setenta e nove reais) em espécie; 10 (dez) buchas de substância entorpecente semelhante a maconha, embaladas e prontas para o comércio; uma porção com aproximadamente 10g (dez gramas) de substância semelhante a "crack"; uma balança de precisão; diversas embalagens plásticas vazias, comumente utilizadas para embalar drogas; e um rádio HT, instrumento utilizado para a comunicação entre pessoas, sendo capaz de reproduzir a frequência da Polícia Militar.

Ainda de acordo com os elementos que instruem o expediente, Kauan de Jesus Silva não se encontrava no local, tendo a operação sido presenciada por testemunhas. Após intenso rastreamento, o autuado foi localizado e preso em flagrante delito, sendo com ele encontrada a quantia de R\$ 578,00 (quinhentos e setenta e oito reais).

Ao ser interrogado, o conduzido assumiu a propriedade da droga e dos objetos arrecadados, sustentando, todavia, que os entorpecentes se destinavam ao seu consumo pessoal.

Tem-se que o flagrante obedeceu às formalidades legais, tendo sido ouvidos o condutor, testemunhas e o autuado. Ainda, foi entregue ao conduzido nota de culpa e de ciência das garantias constitucionais. Formalmente perfeito, homologo o flagrante.

Cuida-se de apreciar, então, os elementos concretos da prisão em flagrante do autuado, em especial, quanto à necessidade de sua submissão às medidas cautelares diversas da prisão ou, caso inviável, de decretação da

prisão preventiva, conforme disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal com as alterações promovidas pela Lei nº 12.403/11.

Dispõe o referido dispositivo legal que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, de forma fundamentada: “I – relaxar o flagrante ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”

*Para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva são necessários o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Entende-se por *fumus comissi delicti* a comprovação da existência de crime e de indícios suficientes de autoria e por *periculum libertatis*, o efetivo risco que o agente em liberdade pode criar a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal).*

*O *fumus comissi delicti* está evidenciado na situação de flagrância acima narrada.*

*O *periculum libertatis* também se faz presente.*

No que toca especialmente ao fundamento da garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal já assentou que esta envolve, em linhas gerais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; b) necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência na implementação de políticas públicas de persecução criminal; e c) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente.

Sobre o conceito de ordem pública, assinala Guilherme de Souza Nucci:

É de se notar que a prisão preventiva é um sacrifício à liberdade individual, e esta deve ser ditada pelo interesse social, bem como orientada para garantir a ordem pública, objetivando, nesse caso, acautelar o meio social.

Neste sentido, é a lição de JULIO FABBRINI MIRABETE:

[...]

No caso em exame, o autuado foi preso pela prática, em tese, de crime grave, isto é, tráfico de drogas, restando demonstrada a necessidade da manutenção de sua segregação cautelar, com vistas a resguardar a ordem pública, pela gravidade concreta dos fatos, evidenciada pelas circunstâncias em que a prisão ocorreu.

*Com efeito, os fatos se deram em cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido com base em **denúncias anônimas informando sobre a mercancia desempenhada na residência do conduzido, onde foram apreendidos um rádio HT, capaz de monitorar a frequência da Polícia Militar- uma balança de precisão; diversas sacolas plásticas comumente utilizadas para embalar drogas; 10 (dez) buchas de substância entorpecente***

semelhante a maconha; uma porção de aproximadamente 10g de "crack"; e a elevada quantia de R\$ 8.879,00 (oito mil oitocentos e setenta e nove reais), em espécie.

Nesse contexto, demonstrada a gravidade concreta dos fatos noticiados atendido o requisito previsto no art. 313, inc. I, do CPP - vez que o crime de tráfico de drogas tentado prevê pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos impõe-se a decretação da prisão preventiva com o objetivo de garantir a ordem pública, não sendo suficientes as demais medidas cautelares previstas na legislação processual de regência.

Ante o exposto, em consonância com os arts. 282, § 6º, e 310, inc II assim como preenchidos os requisitos dos arts. 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante e DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE KAUAN DE JESUS SILVA [...]” (fls. 32-35)

Por sua vez, o eg. Tribunal de origem manteve a prisão sob os seguintes fundamentos:

“É o relatório.

A ordem não é de ser concedida.

O paciente foi sentenciado pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, a uma pena de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 1 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

O Magistrado houve por bem denegar-lhe o direito de apelar em liberdade nos termos seguintes:

“(…) À luz do art. 387, §1º, do Código de Processo Penal, não tendo havido alteração das razões que justificaram a segregação cautelar do acusado no curso do processo, por ainda estarem presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, sobretudo a necessidade de garantir-se a ordem pública, dada a gravidade concreta da conduta e a elevada probabilidade de, em liberdade, voltar a delinquir – o que é evidenciado pelas conversas extraídas do aparelho celular do réu (fl. 69) – mantenho-o acautelado. Recomende-se p réu na prisão em que se encontra (...)” (Ordem nº 09).

Tais fatos configuram a necessidade da medida extrema para garantia da ordem pública.

Mutatis mutandis reza o art. 387 e seu novel parágrafo único do CPP:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: Omissis. Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.(Incluído pela Lei 11.719 de 2008)

Tal dispositivo é mais consentâneo com o princípio

constitucional da presunção de inocência - insculpido no art. 5º, inciso LVII - e também com o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, que impõe a fundamentação a todas as decisões judiciais - inscrito no inciso IX do art. 93 da Carta Magna -.

Destarte, há na sentença a devida fundamentação, com supedâneo no art. 312 do CPP, segundo a concepção do Magistrado.

Daí porque a prisão cautelar, na espécie, há de permanecer, à míngua de coação ilegal.

Diante do exposto, DENEGA-SE A ORDEM." (fls. 75-76)

A análise das decisões transcritas, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do recorrente não se ajustam à orientação jurisprudencial desta Corte, porquanto a **simples invocação da gravidade genérica do delito** não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública.

Ademais, consoante se observa da dosimetria da pena (sentença, fls. 25-26), o d. Magistrado de 1º Grau reconheceu que se trata de agente primário e sem antecedentes, o que, a meu sentir, reforça a desnecessidade da medida extrema.

No mais, acerca da **quaestio**, destaco o seguinte precedente do col. **Supremo Tribunal Federal**:

"PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – SUPOSIÇÃO. A custódia preventiva que vise a regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embaraçá-la" (HC 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 1º/8/2014).

De igual modo, ainda, os seguintes julgados desta **Corte Superior de Justiça**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE

ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RISCO À INSTRUÇÃO CRIMINAL. MERA CONJECTURA. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do quantum da pena em abstrato, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

4. Condições subjetivas favoráveis à paciente, 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 os acusados foram flagrados na posse de 89,5g de cocaína. Precedentes.

5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, com extensão dos efeitos aos corrêus, para determinar-lhes a soltura, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal." (HC 419.438/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/02/2018).

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.RECEPTAÇÃO. PRISÃO

CAUTELAR. DEFICIÊNCIA DO LAUDO TOXICOLÓGICO PROVISÓRIO. QUESTÃO SUPERADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A alegação de ausência de materialidade delitiva, devido à deficiência do laudo toxicológico provisório, está superada, uma vez que, consoante informações prestadas pelo juiz de primeiro grau, em 11.7.2017, adveio aos autos o laudo definitivo.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

3. In casu, custódia provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, pautando-se apenas na gravidade genérica do delito, nas consequências do crime para a sociedade e na quantidade de entorpecente, que não se afigura relevante - 0,79 gramas de crack e 7,9 gramas de maconha -, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que não se declinou qualquer elemento concreto dos autos a amparar a medida constritiva.

4. Recurso provido a fim de que o recorrente possa aguardar em liberdade a prolação de sentença no processo criminal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade." (RHC 89.460/RS, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 15/12/2017).

Na mesma linha, os seguintes precedentes: AgRg no HC n. 278.766/SP, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 26/8/2014; RHC n. 39.351/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014; HC n. 275.352/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/9/2014.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso ordinário** para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e **sem prejuízo da decretação de nova prisão**,

Superior Tribunal de Justiça

desde que concretamente fundamentada, devendo ser impostas, a critério do juízo de primeiro grau, medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

P. e I.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator