



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 592394 - SP (2020/0154133-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : YGOR BIAGGIONI BATISTA
ADVOGADO : YGOR BIAGGIONI BATISTA - PR090084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : (PRESO)
CORRÉU :
CORRÉU :
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ... contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n. 210001375.2020.8.26.0000 para manter a prisão preventiva decretada em desfavor do ora paciente nos autos da ação penal em que foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar a ordenação da custódia cautelar, porquanto "*absolutamente genérica, baseada na gravidade abstrata do próprio delito, não se servindo para respaldar a medida extrema*" (e-STJ fl. 7).

Alega, para tanto, que não estaria demonstrado concretamente de que forma, em liberdade, o paciente poderia causar embaraço à ordem pública, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Defende que o réu é primário, sem antecedentes, com emprego lícito e residência fixa, predicados que permitiriam a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, sobretudo ao considerar que o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça e a quantidade da droga não é elevada.

Aduz que o recolhimento antecipado ao cárcere é medida desproporcional frente a eventual condenação proferida diante da imposição de regime menos gravoso.

Pondera que o acusado estaria na mesma situação fático-processual do corrêu ... que foi beneficiado com a revogação da constrição cautelar, razão pela qual ele faria *jus* à extensão dos efeitos de tal decisão, sob pena de inobservância ao art. 580 do Código de Processo Penal.

Por fim, requer a revogação da prisão preventiva do paciente, com ou sem medidas cautelares diversas.

Liminar indeferida.

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias, às e-STJ fls. 146-147 e 150-151, noticiam que a audiência de instrução, debates e julgamento foi designada para o dia 19/11/2020.

Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente.

É o relatório.

Preliminarmente, impende frisar que o Supremo Tribunal Federal, no bojo do HC n. 109.956/PR, colimando dar efetividade às normas previstas no art. 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte, em substituição ao recurso cabível, entendimento chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, a presente impetração, ao se insurgir contra acórdão exarado pelo Tribunal local, denegatório da ordem pleiteada em anterior *writ*, afigura-se incabível, pois manejada perante este Sodalício de forma originária, sem qualquer subsunção às hipóteses autorizadoras elencadas no art. 105, inciso I, alínea c, da Carta Magna. Logo, não comporta conhecimento.

Entretanto, o constrangimento ilegal apontado na exordial será analisado, apenas *ad cautelam*, a fim de verificar a existência de eventual flagrante ilegalidade a justificar a atuação desta Corte Superior de Justiça *ex officio*.

Da análise dos elementos carreados nos autos, infere-se que o paciente, após se preso em flagrante no dia **9/5/2020**, teve a prisão convertida em preventiva no mesmo dia e, posteriormente, foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 29 do Código Penal, porque, juntamente com outros agentes, teria sido surpreendido trazendo consigo e transportando, para fins de mercancia, 19,2g (dezenove gramas e dois decigramas) de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Quanto aos fatos, narra a denúncia:

*"Consta do incluso inquérito policial que no dia **09 de maio de 2020**, por volta das 00h30min, na Rua ..., nesta cidade e comarca de Ourinhos,*

*..., ... e ..., qualificados às fls. 10/11, dolosamente e com vínculo subjetivo, **guardavam, tinham em depósito, transportavam, preparavam e expunham à venda, para fins de tráfico 17 (dezesete) porções de cocaína, com peso líquido de 19,20 g (dezenove gramas e vinte decigramas)**, caracterizada por ser substância que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme abaixo descrito.*

*Segundo se apurou, os policiais militares realizavam patrulhamento rotineiro pela rua Eurico Amaral dos Santos, quando avistaram o veículo VW/Gol, de cor preta, placas DYE 1046, cujos integrantes do veículo apresentaram nervosismos diante da presença da viatura policial. Em seguida efetuaram acompanhamento tático do veículo e notaram que **o passageiro do banco de trás jogou algo pela janela.***

Após alcançar o veículo, procederam à abordagem e nada de ilícito foi encontrado em busca pessoal com os indiciados, contudo, ... portava a quantia de R\$ 830,00 enquanto ... tinha consigo R\$ 210,00. Nessa abordagem, os policiais constataram que foi a pessoa de ... quem atirou algo pela janela do carro.

Ao realizar novamente o trajeto, os policiais localizaram o objeto arremessado, tratando-se de 5 (**cinco**) **porções de cocaína**.

O indiciado ... **confessou informalmente que estaria vendendo a droga a R\$ 50,00 cada porção**. Avisados de que iriam fazer buscas nas residências de todos os indiciados, ... **confessou possuir mais droga escondida na residência de ...**, além de uma **balança de precisão e outros petrechos para embalar a droga**. Foram, então, até a residência de ... e lá encontraram dentro do forno micro-ondas **duas porções a granel de cocaína, tesoura e plástico, além de uma balança de precisão na gaveta do armário**. Atrás da caixa de uma caixa de som localizaram mais **10 (dez) porções de cocaína**" (e-STJ fls. 104-106, grifou-se).

Verifica-se que o Juiz processante converteu o flagrante em prisão preventiva para garantia da ordem pública, destacando que os acusados "**possuíam consigo quantidade demasiadamente elevada da droga**" e, além disso, "... assumiu a **traficância informalmente**" (e-STJ fl. 25, grifou-se).

O Magistrado primevo pontou que as "**condições pessoais favoráveis de ... e ...**, por si sós não têm o condão de desautorizar a prisão preventiva, tampouco foram alicerce para evitar a prática criminosa" (e-STJ fls. 25-26).

Ainda, afastou-se a tese de liberdade provisória em razão da COVID-19, porquanto, "**em liberdade, os indiciados, que sequer estão enquadrados no grupo de risco, não observavam minimamente as recomendações da Organização Mundial da Saúde ou do Ministério da Saúde, tampouco aquelas contidas no Decreto Estadual nº 64.959/2020, visto que, conforme os três relataram, encontravam-se em um churrasco, bebendo e usando drogas e, como todos os indícios apontam, traficando**" (e-STJ fl. 26).

Formulado pedido de extensão da liberdade provisória concedida ao corréu, o Magistrado processante indeferiu o pleito por entender que "**a mesma situação não pode alcançar o acusado ... pois diverso o seu envolvimento no evento delitivo narrado no feito**" (e-STJ fl. 41).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem ao afirmar, inicialmente, "**não caber nos estreitos limites desse writ, a análise do mérito da acusação endereçada ao paciente, seja quanto à autoria dos fatos que lhe são imputados, seja quanto à sua tipicidade, o que se reserva para a devida apreciação do Juízo a quo, por ocasião do julgamento da ação penal em trâmite, após a sua devida instrução e amplo debate**" (e-STJ fl. 63).

Por outro lado, o colegiado bandeirante entendeu devidamente fundamentadas as decisões de primeiro grau, porquanto "**enfrentaram o tema, prestando-se aos fins a que se destinam, na medida em que segregam, cautelarmente, agente que praticou, em tese, grave crime de tráfico de drogas, delito este que vem causando intranquilidade e desassossego social, colocando em polvorosa a ordeira população**" (e-STJ fl. 70).

Por fim, a corte local concluiu que as medidas diversas da prisão *ante tempus* se mostravam incabíveis, afastando, também, a tese de liberdade provisória diante do contágio pelo COVID-19. **Pois bem.**

Delineado o contexto fático processual, ressalta-se, *ab initio*, que a tese de que a droga apreendida destinava-se ao próprio consumo do réu é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus* ou do recurso ordinário por demandar o reexame aprofundado das provas coletadas no curso da instrução criminal,

devendo ser solucionada na esfera própria, qual seja, na ação penal a que responde e pelo Togado singular.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da negativa de autoria ou da desclassificação para o delito de porte de substância para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do recurso ordinário em habeas corpus.

[...]

6. Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido. (RHC 127.072/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020, grifou-se.)

Outrossim, quanto ao *periculum libertatis*, verifica-se que assiste razão o impetrante.

Com efeito, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o acusado, necessário ter-se em mente que, após a edição e a entrada em vigor da novel Lei n. 13.964/2019, a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social.

De fato, o referido diploma legal, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispõe que: "*A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada*".

Desta forma, a custódia processual deve ser decretada somente em último caso, quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais dos agentes.

A propósito já era a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao antigo art. 282 do Código de Processo Penal:

"A nova legislação que, no ponto, se alinha ao modelo por tuguês e ao italiano, prevê diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida, em dupla perspectiva, a saber, (a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios e modo de execução), e, ainda as condições pessoais do agente; e (b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e

circunstâncias concretas que possam justificar a segregação provisória."

(Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541.)

Ora, no caso, o acusado foi flagranteado na posse de quantidade não exorbitante de material tóxico – **19,2g de cocaína** –, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, ou seja, que a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Isso se confirma, principalmente ao considerar que, conforme consta na Certidão de Antecedentes acostada à e-STJ fl. 103, o réu é primário e sem antecedentes.

Assim, nada há a indicar que, solto, o ora paciente voltará a atentar contra a ordem pública, o que corrobora a conclusão pela desproporcionalidade do cárcere antecipado.

Deste modo, é mister concluir que as circunstâncias do caso – as favoráveis condições pessoais do acusado aliadas à quantidade não exorbitante da droga apreendida – estão a indicar, excepcionalmente, a suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão para alcançar os fins acutelatórios pretendidos.

Nesse contexto, apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e diante das particularidades do caso em exame, mostra-se necessária, adequada e suficiente a imposição das previstas nos incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades), IV (proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução) e V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos), todos do art. 319 do Código de Processo Penal.

Merece registro, por fim, que o descumprimento das condições aqui impostas poderá gerar nova decretação da prisão preventiva, de acordo com o previsto no art. 282, § 4º, do referido diploma legal.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus* substitutivo, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para substituir a prisão cautelar pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do mesmo diploma legal.

Publique-se e intimem-se.

Brasília, 17 de agosto de 2020.

JORGE MUSSI

Relator