

HABEAS CORPUS Nº 577.204 - MS (2020/0099329-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - MS004604
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RENAN GARCIA ESQUER (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de RENAN GARCIA ESQUER, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, **em tese**, do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 121).

Irresignada, a Defesa impetrou **Habeas corpus** perante o Tribunal de origem que denegou a ordem em acórdão de fls. 133-153, assim ementado:

"EMENTA - HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR CAUTELARES DIVERSAS - RECOMENDAÇÃO N.º 62 DO CNJ - NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19) - PACIENTE QUE NÃO COMPÕE GRUPO DE RISCO IMPRESCINDIBILIDADE DA PRISÃO - ORDEM DENEGADA.

I. O caso não recomenda a revogação ou a substituição da custódia preventiva por cautelares diversas, pois, embora o delito em questão não seja dotado de violência ou grave ameaça, não se pode descurar de que o paciente estava em liberdade provisória por outro delito ao tempo da presente prática delitativa, tratando-se de agente reincidente e que ostenta diversas incursões na seara criminal, de modo a evidenciar a imprescindibilidade da prisão para a garantia da ordem pública diante do risco concreto de reiteração delitativa.

II. Não obstante as orientações contidas na

Superior Tribunal de Justiça

Recomendação n.º 62 do CNJ, ainda se faz possível a decretação ou manutenção da custódia preventiva quando as circunstâncias do fato indiquem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão. Tal recomendação não se trata de ato apto a autorizar indistintamente a libertação em massa de presos provisórios ou definitivos, sendo de rigor uma análise casuística das custódias.

III. Na espécie, inexistente informação no sentido de que o paciente integra grupo de risco quanto ao COVID-19, tampouco de que a unidade prisional na qual está custodiado registra contaminação pelo novo coronavírus.

IV. Com o parecer, ordem denegada" (fl. 135).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação da decisão que decretou a segregação cautelar, bem como em razão da situação da pandemia do COVID-19.

Pondera a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva.

A liminar foi deferida às fls. 157-159.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 164-173, pelo **não conhecimento da ordem**, em parecer que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO REMÉDIO HERÓICO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ELEMENTOS CONCRETOS DA CAUSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE QUANDO EM GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECOMENDAÇÃO N.º 62 DO CNJ. NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). PACIENTE QUE NÃO COMPÕE GRUPO DE RISCO 19. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Essa Augusta Corte Superior, em atenção à modificação jurisprudencial levantada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, alterou seu entendimento para concluir que o habeas corpus não deve

ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

- Restando devidamente fundamentada a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, com a indicação de elementos objetivos que justificam sua imposição, não há falar em constrangimento ilegal que justifique a revogação da medida processual.

- No caso em análise, a decretação da prisão preventiva restou devidamente fundamentada, com a harmonização das hipóteses previstas em lei e dos elementos objetivos e fáticos do caso em exame, sobretudo diante da gravidade concreta do delito, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva, uma vez que o paciente encontrava-se em gozo de liberdade provisória deferido em outro processo, quando do cometimento da presente infração penal.

- Não se tratando o paciente das pessoas denominadas de risco pela recomendação e continuando presente os requisitos da prisão preventiva, não há constrangimento ilegal a ser sanado, de modo que evidente a ineficácia das cautelas alternativas, arroladas nos arts. 319 e 320, do CPP, no que se refere à garantia da ordem pública.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus" (fl. 164).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Insta consignar que a segregação 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 e excepcional, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem tampouco permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

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; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

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

"(...) Imputa-se ao(à) custodiado(a) o cometimento do crime de Tráfico de Drogas e Condutas Afins.

O flagrante está aparentemente em ordem, com a devida observância dos prazos dos §§ 1º e 2º, do artigo 306, do CPP.

Outrossim, a princípio, foram cumpridas as formalidades dos incisos LXII e LXIII, do art. 5º, da CF/88. O (A) custodiado(a) permaneceu com algemas em razão da justificativa da guarda e escolta relativa à segurança. Não lhe foi concedida fiança pela autoridade policial em razão da vedação imposta pelo caput do artigo 322, do CPP.

Nos termos do art. 312, do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, conforme redação dada pela Lei 13.964/2019.

Aliado a isso, prevê o art. 313. do CPP que, será admitida a decretação da prisão preventiva: / - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP; III - para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; bem como, para os casos em que houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, conforme parágrafo único.

O delito em análise é de perigo abstrato e coletivo, de forma que não necessita da demonstração de efetivo perigo de dano, que é presumido pela lei, alcançando a saúde de um número indeterminado de pessoas. Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou

seja, a saúde de toda a coletividade que pode ser atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica.

*Na hipótese dos autos, verifica-se pelas condições do delito, em especial pela natureza do crime, espécie e quantidade de substância apreendida (6g cocaína), contexto da apreensão e presença de elementos que indicam envolvimento em atividade traficante, aliados aos antecedentes, sendo inclusive reincidente, bem como pela ausência de comprovação de trabalho lícito e residência fixa, não ser recomendável a concessão de medida cautelar mais branda, por serem insuficientes, nos termos do artigo 310, II, infine, CPP. Dessa forma, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, entendo necessária a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, à luz do artigo 312, do CPP, imprescindível no caso ora em análise para garantia da ordem pública e também da aplicação da lei penal.*

ISTO POTO, preenchidos os requisitos legais, HOMOLOGA-SE o presente AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, a fim de converter, nos termos da motivação, a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA do (a) autuado (a), por se revelar, na espécie, insuficiente a fixação de outra medida cautelar mais branda, nos termos do artigo 310, II, in fine, c.c art. 312 do CPP. Sirva-se de cópia da presente como mandado. (...)" (fls. 121-122)

A análise do trecho transcrito, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente, não se ajustam à orientação jurisprudencial desta Corte, uma vez que a **simples invocação da gravidade genérica do delito** não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública. Ressalte-se, ainda, a pequena quantidade da droga apreendida (6 gramas de cocaína), que não é capaz de demonstrar, por si só, o **periculum libertatis**, indispensável à prisão cautelar.

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 embará-la" (HC n. 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1º/8/2014).

Sobre o tema, ainda, os seguintes julgados desta **Corte Superior de Justiça:**

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE NOTÍCIA DE REITERAÇÃO DELITIVA APÓS A SOLTURA. PERICULUM LIBERTATIS NÃO DEMONSTRADO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A decisão de primeiro grau, mantida pelo Tribunal a quo, não apresentou argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar do Paciente. Isso porque, apesar de afirmar a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, não apontou elementos concretos que justificassem a necessidade da custódia, estando essa amparada, tão somente, na gravidade abstrata do delito.

2. Como é cediço, a mera decretação da prisão processual, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado, não tem, por si só, o condão de justificar a custódia cautelar.

3. Ademais, no caso, a quantidade de drogas apreendidas - 67,1g de cocaína e 31,1g de maconha - não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis, indispensável à prisão cautelar, mormente quando não consta nos autos registros de antecedentes em desfavor do Acusado, e, após a sua soltura, não sobreveio notícia de reiteração delitiva.

*4. Ordem de habeas corpus concedida para, confirmando a liminar, 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 sua necessidade, ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada" (HC n. 500.741/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 03/06/2019).*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Superior Tribunal de Justiça

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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 artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. A gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão cautelar. No caso, o decreto prisional faz referência apenas a ponderações sobre a gravidade abstrata do crime de tráfico, bem como considerações genéricas sobre a existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. **Constrangimento ilegal evidenciado.**

4. Habeas Corpus não conhecido. Concedo, no entanto, a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva dos pacientes, salvo se por outro motivo estiverem presos, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou outras medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal." (HC 370.658/SP, **Quinta turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).

Por esses motivos, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

Contudo, concedo a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

P.I.

Brasília (DF), 07 de maio de 2020.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Felix Fischer

Relator