



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 617246 - MS (2020/0260441-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : YOUNG JIN GUSTAVO DE ALMEIDA E OUTRO
ADVOGADOS : YOUNG JIN GUSTAVO DE ALMEIDA - MS025055
ADRIANA TERUYA MAEKAWA - MS025289
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADRIAN SANTANA GUANDALIN (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. INCONSISTÊNCIAS DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E DA DENÚNCIA. TESE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA E DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO SE MOSTRA ELEVADA. PRIMARIEDADE DO ACUSADO. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1 Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. As aventadas inconsistências do auto de prisão em flagrante e da denúncia não foram examinadas pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte de Justiça realizar sua análise direta, sob pena de incidir em indevida supressão de instância

3. É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da desclassificação para o delito de porte de substância entorpecente para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

4. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida

cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

5. Não obstante as instâncias ordinárias tenham feito menção a elementos concretos do caso, indicando a necessidade de se garantir a ordem pública, verifica-se que a quantidade de droga apreendida – aproximadamente 28g de maconha – não se mostra exacerbada, o que permite concluir que a potencialidade lesiva da conduta imputada ao paciente não pode ser tida como das mais elevadas. Tais elementos, somados às circunstâncias do delito, que não ultrapassam a normalidade do tipo penal, sendo o réu, a princípio, primário e com bons antecedentes, indicam a prescindibilidade da prisão preventiva e a suficiência das medidas cautelares menos gravosas.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus*, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2020.

Joel Ilan Paciornik
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 617246 - MS (2020/0260441-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : YOUNG JIN GUSTAVO DE ALMEIDA E OUTRO
ADVOGADOS : YOUNG JIN GUSTAVO DE ALMEIDA - MS025055
ADRIANA TERUYA MAEKAWA - MS025289
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADRIAN SANTANA GUANDALIN (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. INCONSISTÊNCIAS DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E DA DENÚNCIA. TESE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA E DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO SE MOSTRA ELEVADA. PRIMARIEDADE DO ACUSADO. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1 Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. As aventadas inconsistências do auto de prisão em flagrante e da denúncia não foram examinadas pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte de Justiça realizar sua análise direta, sob pena de incidir em indevida supressão de instância

3. É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da desclassificação para o delito de porte de substância entorpecente para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

4. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida

cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

5. Não obstante as instâncias ordinárias tenham feito menção a elementos concretos do caso, indicando a necessidade de se garantir a ordem pública, verifica-se que a quantidade de droga apreendida – aproximadamente 28g de maconha – não se mostra exacerbada, o que permite concluir que a potencialidade lesiva da conduta imputada ao paciente não pode ser tida como das mais elevadas. Tais elementos, somados às circunstâncias do delito, que não ultrapassam a normalidade do tipo penal, sendo o réu, a princípio, primário e com bons antecedentes, indicam a prescindibilidade da prisão preventiva e a suficiência das medidas cautelares menos gravosas.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em benefício de ADRIAN SANTANA GUANDALIN, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL no julgamento do HC n. 1411636-70.2020.8.12.0000.

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante por ter supostamente praticado o delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas). Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem nos termos do acórdão que restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA – PONTO DE VENDA DE ENTORPECENTES – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA. ANÁLISE DE MÉRITO – PACIENTE QUE ALEGA SER USUÁRIO DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – VIA ELEITA INADEQUADA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – ATENDIDO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.

I- O decreto prisional está fundamentado na garantia da ordem pública, diante da gravidade em concreto da conduta criminosa a priori desenvolvida pelo paciente que, a princípio, juntamente aos corréus, era responsável por ponto de venda de drogas, a realçar a gravidade concreta da conduta delitiva.

II- Eventuais condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, desconstituir a segregação

processual, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a custódia excepcional.

III- A materialidade e os indícios de autoria restam suficientes à manutenção do decreto segregatório, não se contemplando aqui uma análise mais aprofundada da matéria, já que os limites do habeas corpus não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da questão, a qual exige o cotejo de provas e observância ao princípio do contraditório.

IV- Em sede de habeas corpus, não se pode concluir, de forma insuperável, que em eventual condenação o paciente terá direito a regime prisional mais brando. Ademais, não se vislumbra ofensa ao princípio da proporcionalidade, já que o tempo que o paciente permanecer segregado cautelarmente será considerado para a fixação do regime prisional inicial de cumprimento da pena, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

V- A segregatória preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, nem se trata de execução antecipada de pena, desde que decorrente de ordem escrita e fundamentada, o que sucede no presente caso.

VI- Incabível a substituição da custódia preventiva por quaisquer das medidas alternativas encartadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, por serem insuficientes e inadequadas ao caso concreto, considerando a periculosidade do paciente e o risco concreto de reiteração delitiva decorrente de sua soltura.

VII- Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada, em parte com o parecer (fls. 28/29).

No presente *writ*, a defesa sustenta a existência de constrangimento ilegal decorrente da manutenção da custódia cautelar, considerando que não estão presentes os pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, especialmente se considerada a quantidade ínfima de droga apreendida.

Afirma que a prisão está fundamentada somente na gravidade abstrata do delito.

Aponta que as drogas apreendidas seriam para consumo próprio, uma vez que trata-se de paciente usuário de drogas.

Destaca as condições pessoais favoráveis do réu.

Aponta a existência de contradições no auto de prisão em flagrante e na denúncia.

Alega que, caso reste condenado, o paciente fará jus ao redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pelo que seria desproporcional mantê-lo acautelado.

Salienta a necessidade de revisão da prisão em face da pandemia da COVID-

Pretende, em liminar e no mérito, a revogação da prisão, ainda que mediante a imposição de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Indeferida a liminar (fls. 82/84) e informações prestadas (fls. 90/134), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 136/142).

É o relatório.

VOTO

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, busca-se, com o presente *mandamus*, a revogação da prisão preventiva imposta ao paciente.

Inicialmente, quanto às aventadas inconsistências do auto de prisão e flagrante e da denúncia, verifica-se que a irresignação não foi submetida à análise do Tribunal de origem, que não se manifestou sobre o tema, razão pela qual fica inviabilizado o exame direto das novas alegações por esta Corte Superior, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONHECIMENTO PARCIAL. INVASÃO DE DOMICÍLIO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. FALTA DE CONTEMPORANEIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. VALORAÇÃO POSITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Conhecimento parcial do recurso. O tópico vinculado à suposta violação do domicílio do recorrente não foi enfrentado pelo acórdão recorrido e sua análise, por esta Corte Superior, representaria indevida supressão de instâncias.

2. O exame de ofício do constrangimento ilegal indica que o decreto prisional carece de fundamentação idônea. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida 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. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresentou qualquer motivação individualizada e concreta, apta a justificar a segregação, tendo se limitado a abordar, de modo genérico, a necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito.

4. A necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito, dissociadas de quaisquer elementos concretos e individualizados que indicassem a necessidade da rigorosa providência cautelar, não constituem fundamentação idônea para justificar a medida extrema, especialmente diante (i) da quantidade de substância entorpecente apreendida - nem sequer mencionada no decreto (49,8g de maconha e 17,4g de cocaína) - no imóvel que, em tese, servia de residência ao recorrente (não houve prisão em flagrante); e da (ii) falta de contemporaneidade da prisão (fatos ocorridos em 2012). Ademais, o recorrente parece albergar condições pessoais favoráveis.

5. As condições subjetivas favoráveis, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, como ocorre no caso em apreço. Constrangimento ilegal configurado.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, sob a imposição de medidas cautelares, a critério do Juízo de primeiro grau (RHC 113.838/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/8/2019, DJe 30/8/2019).

Noutro giro, cumpre ressaltar que o *habeas corpus* não é a via adequada para discussão acerca da negativa de autoria ou mesmo da desclassificação para o delito de porte de substância para uso próprio, questões estas que demandam exame fático-probatório, incompatível com a via eleita, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Confirmam-se, nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE
INOCÊNCIA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. VIA
INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE
DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE
REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL
NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO
CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a

hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A tese de negativa de autoria quanto ao delito de tráfico de drogas, e eventual desclassificação para a conduta de mero usuário, exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, o que é inviável na via do habeas corpus.

3. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

4. In casu, apesar da pequena quantidade de droga apreendida quando da prisão em flagrante - 13,97 gramas de cocaína -, a custódia preventiva do paciente está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva, pois, segundo consta, ele, quando adolescente, cumpriu medida socioeducativa em razão da prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas.

5. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, porquanto a periculosidade do paciente indica que a ordem pública não estaria acautelada com a sua soltura.

6. Apenas a conclusão do processo será capaz de revelar se o acusado será beneficiado com a fixação de regime prisional diverso do fechado, sendo inviável essa discussão neste momento processual.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 533.898/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. PERICULUM LIBERTATIS NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA A ORDEM.

1. Esta Corte entende que "é inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da desclassificação para o delito de porte de substância entorpecente para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do recurso ordinário em habeas corpus" (HC 538.834/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 20/11/2019).

2. 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.

3. No caso, não foi demonstrado o periculum libertatis necessário para fundamentar a prisão preventiva, que tem natureza excepcional, notadamente em razão da não expressiva quantidade de drogas apreendidas (32,7g de "maconha").

4. Habeas corpus conhecido parcialmente e, nessa extensão, concedida a ordem para, confirmada a decisão liminar, determinar, imediatamente, a soltura 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 (HC 543.653/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 5/12/2019, DJe 17/12/2019).

Quanto aos motivos da custódia, verifica-se que o Juízo de primeiro grau converteu a prisão em flagrante em preventiva sob os seguintes fundamentos:

Não obstante, tenho que a prisão em flagrante deve ser convertida em preventiva. Senão vejamos.

É bem verdade que recentemente o plenário do STF entendeu inconstitucional tão somente a expressão "e liberdade provisória", prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, permitindo assim, em tese, que pessoas indiciadas ou processados por crimes previstos na lei de drogas, sejam beneficiadas com liberdade provisória sem fiança, uma vez que a Constituição Federal dispõe que tais crimes são inafiançáveis (conforme informativo de jurisprudência nº 665).

Todavia, tal decisão não permite, por si só, que o magistrado conceda liberdade provisória aos indiciados.

Constato que na hipótese em exame há uma série de circunstâncias que recomendam a manutenção da prisão cautelar dos flagrados.

Sabe-se que os pressupostos da prisão preventiva são indícios suficientes de autoria e prova da materialidade criminosa, conforme se depreende da leitura do art. 312 do CPP. Esse mesmo artigo prevê as causas que ensejam a custódia preventiva, autorizando-a para a garantia da ordem pública e da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Pois bem. Estando presentes a prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, a custódia se revela necessária para a garantia da ordem

pública, notadamente pela quantidade de droga apreendida e petrechos utilizados para comércio de drogas (08 porções de maconha, caderno de contabilidade das vendas e balança de precisão- f. 30), bem como para assegurar a aplicação da lei penal, na medida em que não há nos autos, até então, comprovante de residência, tampouco de atividade lícita.

No caso em apreço, os documentos acostados nos autos comprovam a materialidade do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, pois foi apreendido (08 porções de maconha, caderno de contabilidade das vendas e balança de precisão- f. 30. Além disso, os indiciados Thais e Izaías confirmaram o comércio de droga e que o indiciado Adrian era o proprietário da droga (f. 15 e f. 19). Ainda, some-se ao caso, o fato do indiciado Adrian, ardilosamente, ter quebrado o celular no momento da abordagem policial.

Ademais, como cediço, eventual emprego lícito e residência fixa, por si sós, não são suficientes para elidir o decreto prisional provisório quando presente a necessidade de garantir a ordem pública, como ocorre no caso em exame.

Não é recomendável a soltura do indiciado neste momento. O delito, pelo modos operandi e a droga apreendida, afeta sobremaneira a sociedade. Reputo que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, revela-se adequada e suficiente ao caso presente.

Com efeito, os elementos contidos nos autos permitem inferir plausibilidade à adequação típica da conduta levada a termo pela autoridade policial pelo crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que os indiciados foram flagrados em situação que denota que a droga apreendida era destinada ao comércio (fls. 32/33).

Quando do indeferimento do pedido de revogação da custódia, o Magistrado singular assim destacou:

No caso em apreço, os documentos acostados nos autos comprovam a materialidade do crime de tráfico de drogas, previsto no art.33 da Lei n.º11.343/2006, pois foi apreendido (08 porções de maconha, caderno de contabilidade das vendas e balança de precisão - f. 30. Além disso, os indiciados Thais e Izaías confirmaram o comércio de droga e que o indiciado Adrian era o proprietário da droga (f. 15 e f. 19). Ainda, some-se ao caso, o fato do indiciado Adrian ter quebrado o celular no momento da abordagem policial. O argumento de que haviam imagens íntimas e ou a senha do aparelho era de contas bancárias, não merece guarida, isso porque os policiais não buscam no aparelhos celulares forma de constranger qualquer indivíduo abordado, apenas informações pertinente são ato. Ademais, como cediço, eventual emprego lícito e residência fixa, por si sós, não são suficientes para elidir o decreto prisional provisório

quando presente a necessidade de garantir a ordem pública, como ocorre no caso em exame (fl. 34).

O Tribunal de origem manteve a custódia cautelar a bem da ordem pública, consignando que:

In casu, o decreto prisional está fundamentado na garantia da ordem pública, diante da gravidade em concreto da conduta criminosa a priori desenvolvida pelo paciente que, a princípio, juntamente aos corréus era responsável por ponto de venda de drogas, a realçar a gravidade concreta da conduta delitiva.

De efeito, a dinâmica dos fatos retratados nestes autos realçam indicativos concretos de personalidade subversiva e periculosidade do paciente, o que é suficiente para a manutenção da segregação para a garantia da ordem pública.

Nessa toada, embora a quantidade de entorpecentes localizada na residência do paciente não tenha sido elevada, foram localizadas 08 (oito) porções prontas para comércio de maconha, pesando aproximadamente 28 g (vinte e oito gramas), sendo que os próprios corréus Tais e Izaías, em seus interrogatórios extrajudiciais, imputam a prática do delito de tráfico de drogas àquele.

De se ressaltar que foram localizados caderno com anotações de venda de entorpecentes, rolo de papel filme e balança de precisão na residência, revelando-se possível associação entre os réus para o fim específico de comercializar drogas.

Com efeito, a gravidade concreta e lesividade da conduta em tese praticada pelo paciente indica que a prisão preventiva é inarredável (fls. 35/36).

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, não obstante as instâncias ordinárias tenham feito menção a elementos concretos do caso, indicando a necessidade de se garantir a ordem pública, verifica-se que a quantidade de droga apreendida – aproximadamente 28g de maconha – não se mostra exacerbada, o que permite concluir que a potencialidade

lesiva da conduta imputada ao paciente não pode ser tida como das mais elevadas.

Tais elementos, somados às circunstâncias do delito, que não ultrapassam a normalidade do tipo penal, sendo o réu, a princípio, primário e com bons antecedentes, indicam a prescindibilidade da prisão preventiva e a suficiência das medidas cautelares menos gravosas.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (4 PORÇÕES DE MACONHA E 2 PORÇÕES DE COCAÍNA). PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. LIMINAR CONFIRMADA. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 691 DA SUPREMA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Consoante o posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, não se admite habeas corpus contra decisão negativa de liminar proferida em outro writ na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância. Esse entendimento está sedimentado na Súmula n.º 691/STF. Todavia, é assente a possibilidade de mitigação desse enunciado, em hipóteses excepcionais, quando emergir dos autos situação de flagrante ilegalidade, como evidenciado no caso em apreço.

2. O Tribunal a quo, ao indeferir a liminar, manteve decisão do Juiz de primeiro grau que decretou a prisão preventiva com fundamentação genérica, pois apenas ressaltou que não existe irregularidade na prisão em flagrante e reconheceu a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva para a deflagração da ação penal.

3. O decreto construtivo não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia que está, amparada, tão somente, na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

4. Ademais, a quantidade de entorpecentes apreendida - 4 porções de maconha (150,86g) e 2 porções de cocaína (287g) - não se mostra exacerbada nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não sendo capaz de demonstrar, por si só, o *periculum libertatis*, não sendo fundamento idôneo, portanto, a amparar o encarceramento preventivo. E, conforme ressaltado pelo Impetrante, o Paciente possui condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade, pois é primário e portador de bons antecedentes.

5. Ordem de habeas corpus concedida para confirmar a liminar e, portanto, revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, advertindo o Acusado 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 imposição de outras medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada (HC 574.054/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/5/2020, DJe 3/6/2020).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. A seu turno, a prisão preventiva somente se sustenta quando, presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

3. O Magistrado singular embasou sua decisão em elementos concretos e idôneos - "grande quantidade de dois entorpecentes poderosos e petrechos utilizados para o tráfico" -, mas não demonstrou, satisfatoriamente, a insuficiência de outras medidas menos gravosas que a preventiva. Isso porque, embora haja referência da variedade de drogas, a quantidade (91 gramas de maconha e 36 gramas de cocaína), em que pese o afirmado, não é exacerbada, além de não haver indicação de participação do paciente na organização crimínosa de forma permanente ou destacada.

4. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, sem prejuízo de fixação de providências diversas que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa indicar cabíveis e adequadas, bem como de nova decretação da prisão preventiva se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade (HC 573.144/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2020, DJe 13/5/2020).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

3. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de substância entorpecente e a primariedade do réu.

4. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal (HC 557.523/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/2/2020, DJe 5/3/2020).

Assim, na hipótese dos autos, demonstrando-se a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento do paciente, mostra-se suficiente sua substituição por medidas cautelares alternativas.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas de conceder a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0260441-5

HC 617.246 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006533520208120052 14116367020208120000 6533520208120052

EM MESA

JULGADO: 20/10/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : YOUNG JIN GUSTAVO DE ALMEIDA E OUTRO
ADVOGADOS : YOUNG JIN GUSTAVO DE ALMEIDA - MS025055
ADRIANA TERUYA MAEKAWA - MS025289
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADRIAN SANTANA GUANDALIN (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.