

HABEAS CORPUS 228.275 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : CRISTHOFER KAUE URIAS
IMPTE.(S) : FABIO MOURAO DUTRA DE OLIVEIRA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de decisão monocrática proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar nos autos do HC 776599/SP (eDOC 11).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Narra o impetrante, em suma, que: a) o paciente foi preso preventivamente mediante fundamentação inidônea, calcada na gravidade abstrata do delito; c) o paciente é primário, mora em residência fixa, não tem antecedentes criminais e possui filho de um ano de idade; d) as provas obtidas mediante invasão domiciliar são nulas; e) a sentença afastou a causa de diminuição de pena com base na quantidade de droga apreendida; f) o paciente faz jus ao redutor de pena e preenche os requisitos para a celebração de ANPP; e) há excesso de prazo na segregação cautelar.

Em razão do exposto, requer a concessão da ordem para que: a) seja garantido ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, com eventual aplicação de medida cautelar diversa; b) seja reconhecida a nulidade das provas e seja absolvido o paciente, com a consequente soltura imediata. Subsidiariamente, pede o reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para que o Juízo de primeiro grau remeta os autos ao Ministério Público para apresentação da devida proposta de acordo de não persecução penal e, por conseguinte, a imediata soltura da paciente.

É o relatório. Decido.

1.Cabimento do Habeas Corpus:

Esta Corte tem posição firme pela impossibilidade de admissão de

HC 228275 / SP

habeas corpus impetrado contra decisão proferida por **membro** de Tribunal Superior, visto que, a teor do artigo 102, I, “i”, da Constituição da República, sob o prisma da autoridade coatora, a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente se perfectibiliza na hipótese em que **Tribunal Superior**, por meio de órgão colegiado, atue nessa condição. Nessa linha, cito o seguinte precedente:

“É certo que a previsão constitucional do habeas corpus no artigo 5º, LXVIII, tem como escopo a proteção da liberdade. Contudo, não se há de vislumbrar antinomia na Constituição Federal, que restringiu a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por Tribunal Superior. Entender de outro modo, para alcançar os atos praticados por membros de Tribunais Superiores, seria atribuir à Corte competência que não lhe foi outorgada pela Constituição. Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, “i”, da Constituição como regra de competência, estabelecendo antinomia entre normas constitucionais.

Ademais, com respaldo no disposto no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pode o relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, há de ser observado que a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea “i”), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado. Assim, impunha-se a interposição de agravo regimental” (HC 114.557 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.08.2014, grifei).

Nessa perspectiva, tem-se reconhecido o descabimento de *habeas corpus* dirigido ao combate de decisão **monocrática de indeferimento de liminar** proferida no âmbito do STJ. Tal entendimento pode ser extraído a

HC 228275 / SP

partir da leitura da Súmula 691/STF:

“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado **contra decisão do Relator** que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, **indefere a liminar.**”

2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício:

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a concessão da ordem de ofício configura providência a ser tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações, o que, no caso concreto, se verifica.

3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

Embora as matérias suscitadas no presente *writ* ainda não tenham sido analisadas pelo STJ, verifico ilegalidade flagrante na prisão preventiva imposta ao paciente.

A Constituição da República (art. 5º, LXI) assegura que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. Nessa toada, percebo que o vício de motivação configura, por si só, constrangimento ilegal, por consubstanciar ato violador do devido processo legal que, dentre outras consequências, subordina a imposição de ordem prisional, de forma expressa, à fundamentação escrita e exarada pela autoridade judiciária competente.

Como se vê, a Constituição elegeu o Princípio do Juiz Natural como critério condicionante à relativização da regra da prisão penal, de modo

HC 228275 / SP

que, inclusive nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite, com assento no Princípio Acusatório, que o vício de fundamentação seja suprido, de ofício, pelas instâncias superiores:

“É vedada, em habeas corpus, a utilização de fundamentos inovadores, para suprir vício de motivação das instâncias antecedentes, ou justificar a adoção do regime prisional mais gravoso, sob pena de reformatio in pejus. Precedentes.” (HC 122626, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07.10.2014, grifei).

“Não cabe às instâncias superiores, em sede de habeas corpus, adicionar novos fundamentos à decisão de primeiro grau, visando a suprir eventual vício de fundamentação. Precedentes.” (HC 113945, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 29.10.2013, grifei)

“Uma vez que não cabe, em sede de habeas corpus, agregar fundamentos inovadores para complementar deficiência de fundamentação na dosimetria da pena, sua legalidade deve ser aferida estritamente à luz da motivação empregada na sentença.” (RHC 123529, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30.09.2014, grifei).

Ademais, tal proceder, por importar gravame à situação processual do paciente, revela-se incompatível com a razão de ser do *habeas corpus*, garantia constitucional de mão única dirigida à proteção do cidadão em face do arbítrio estatal. De tal forma, não é razoável que o Estado-Juiz fortaleça o poderio persecutório estatal por meio da utilização deturpada de garantia posta à disposição do indivíduo.

Feitas tais considerações, enfatizo que não é dado ao Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com panorama processual que atinja

HC 228275 / SP

ilicitamente a liberdade do paciente em razão de fundamentação deficiente e com a finalidade inconfessável de justificar o meio pelo fim, mergulhar no conjunto probatório do caso concreto com o nítido intuito de amealhar razões que desbordem da decisão atacada, visto que, ainda que se verifiquem fundamentos aptos a amparar a custódia *ante tempus*, a fundamentação inidônea constitui, isoladamente, constrangimento ilegal sanável via *habeas corpus*.

No caso específico, a custódia cautelar do paciente foi imposta em primeiro grau de jurisdição, nos seguintes termos (eDOC 5, p. 75/77):

4. Para a decretação da custódia cautelar, a lei processual exige a reunião de, pelo menos, três requisitos: dois fixos e um variável. Os primeiros são a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. O outro pressuposto pode ser a tutela da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal, demonstrando-se o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (receio de perigo) e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (CPP, art. 312, caput e § 2º c/c art. 315, § 2º).

Ademais, deve-se verificar uma das seguintes hipóteses: a) ser o crime doloso apenado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; b) ser o investigado reincidente; c) pretender-se a garantia da execução das medidas protetivas de urgência havendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; d) houver dúvida sobre a identidade civil do investigado ou não fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la (CPP, art. 313).

No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de TRÁFICO DE DROGAS (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de

HC 228275 / SP

Prisão em Flagrante, em especial as declarações colhidas, o auto de apreensão e o laudo de constatação da droga.

Segundo consta no Boletim de Ocorrência: “Comparecem nesta Delegacia de polícia, ora condutor e testemunha noticiando que em cumprimento da Ordem de Serviço nº10/2022 relacionada ao Inquérito Policial nº 2256234-10.2021.020113 - CNJ nº1531639-74.2021.8.26.0050, em investigação de campo a equipe recebeu informação de que indivíduo desconhecido estaria utilizando uma motocicleta honda CG cor azul para realizar o abastecimento de drogas em pontos de venda da região da zona norte. Que tal pessoa usaria uma residência nas proximidades do Jardim Pirituba para guardar o entorpecente. Em diligências nas imediações apontadas, nesta data a equipe de investigação conseguiu identificar uma motocicleta com as características repassadas. E em breve acompanhamento à distância a equipe conseguiu observar que o condutor da motocicleta por algumas vezes saiu da residência da Rua Antônio Pereira Santos, na altura do numeral 9 - Pirituba, e realizou pequenos trajetos, como se tivesse realizando entregas. Que se posicionaram nas imediações do imóvel e observam o mesmo indivíduo que conduzia a motocicleta saindo da casa a pé, oportunidade que realizaram a abordagem. Este foi identificado como CRISTHOFER KAUE URIAS e em busca pessoal, foi localizada em sua posse um tijolo 1 de substância aparentando ser maconha. Questionado de fato confirmou que fazia transporte de entorpecente e que em sua residência havia mais. Diante da informação a equipe acessou a residência de CRISTHOFER e no interior do imóvel localizaram mais 112 tijolos de substância aparentando maconha, 02 facas, 01 tesoura, 02 balanças de precisão, 01 rolo de papel film, e 03 aparelhos celulares. Diante da constatação deram voz de prisão em flagrante ao indiciado e conduziram a esta Delegacia de Polícia juntamente com os objetos, entorpecentes e a motocicleta.” Na delegacia, o autuado permaneceu em silêncio (fls. 13).

HC 228275 / SP

No caso em tela, os elementos até então coligidos apontam a materialidade e indícios de autoria do cometimento do crime de tráfico de drogas, cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapassa o patamar de 4 (quatro) anos. De fato, o laudo de constatação de substância entorpecente confere a prova da materialidade.

Quanto ao ingresso na residência, é de se observar que se trata de crime permanente, autorizando que os agentes da força policial possam adentrar ao domicílio, conforme artigo 5º, inciso XI, in fine, da Constituição Federal e artigo 150, § 3º, inciso II, do Código Penal. Nessa linha é a jurisprudência: “por ser permanente o crime de tráfico de drogas, a sua consumação se protraí no tempo, de sorte que a situação de flagrância configura-se enquanto o entorpecente estiver sob o poder do infrator, sendo possível, portanto, em tal hipótese, o ingresso da polícia na residência, ainda que não haja mandado de prisão ou de busca e apreensão, já que incide a excepcionalidade inscrita no art. 5º, inciso XI, da CF, a afastar a inviolabilidade do domicílio” (HC nº 208.957/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 06/12/2011).

Assenta-se também que o fato de o flagrante basear-se de maneira prevalente nas declarações prestadas pelos agentes públicos responsáveis pela prisão não enseja qualquer mácula. Ora, não há razão para que a palavra dos policiais seja, prima facie, recebida com reservas pela autoridade judiciária, só devendo ser descreditada quando houver justo motivo para tanto (TJSP, ACr nº 0060924-36.2014.8.26.0050, Rel. Des. Lauro Mens de Mello, 12ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 14/12/2017).

A expressiva quantidade de drogas (item 1: 92.270 gramas de tetrahidrocannabinol fls. 21/23), o modo de acondicionamento e os objetos (108 tijolos de maconha, 2 balanças e embalagens plásticas fls. 15/16), também indicam maior envolvimento com o tráfico e, por conseguinte, o risco à ordem pública e a gravidade concreta do delito.

HC 228275 / SP

Apenas a título de argumentação, anote-se que um cigarro de maconha é confeccionado com 0,5 a 1,0 g do entorpecente, uma fileira de cocaína é confeccionada com 0,100 a 0,125 gramas da droga, aproximadamente, e a pedra de crack tem em média 0,200 a 0,250 gramas (Fonte: Apelação n.0000152-73.2017.8.26.0286 5ª Câmara Criminal de São Paulo j.26/10/2017).

Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes).

Veja-se que NÃO há indicação precisa de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

Ressalto também que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis (primariedade) não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade. É que “o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis” (STJ, HC nº 0287288-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje. 11/12/2013). “A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar. A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de

HC 228275 / SP

inocência” (STJ. HC nº 34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher, j. 14/02/2000).

Saliente-se que embora estejamos em situação de pandemia, a Recomendação nº 62/2020 do CNJ não pode ser utilizada como salvo-conduto para a prática de crimes, sobretudo em caso de autuado surpreendido com grande quantidade de entorpecente. Anoto, ainda, que o autuado supostamente praticava crime contra a saúde pública em meio a uma pandemia, sendo muito mais grave e reprovável sua conduta.

Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor.

Posteriormente, o paciente foi condenado em primeira instância, à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, tendo sido negado o direito de recorrer em liberdade com base nos seguintes fundamentos (eDOC 8, p. 45):

O réu foi preso em flagrante e se mantiveram presentes as circunstâncias para prisão cautelar (fls. 52/55), situação que não se altera, mormente ante a sentença penal condenatória ora proferida. Recomende-se, pois, na prisão em que se encontra. Não poderá apelar em liberdade.

Como se nota, o decreto de prisão preventiva limita-se a fazer alusão às circunstâncias do flagrante e à situação de desemprego, como se essa fundamentação bastasse, por si só, para sustentar a custódia cautelar.

Contudo, a mera menção à quantidade de droga apreendida e à ausência de atividade laboral remunerada não conduz à automática conclusão acerca do risco à ordem pública ou da periculosidade do agente, e nem elucidada, à luz dos requisitos previstos no art. 312 do CPP,

HC 228275 / SP

em que medida a manutenção da sua prisão cautelar é providência indispensável para o adequado deslinde da ação penal.

Com efeito, não se indica, com os argumentos mencionados, de que maneira e em qual extensão a ordem pública encontra-se ameaçada.

Além disso, consolidou-se na ambiência desta Segunda Turma do STF o entendimento de que a quantidade de droga apreendida, isoladamente considerada, não justifica a segregação cautelar do acusado. Nessa linha:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Decisão monocrática concessiva da ordem. 3. Prisão preventiva. Tráfico de drogas. 4. A quantidade da droga apreendida, por si só, não é apta a caracterizar a periculosidade dos agentes. Os indícios de que os pacientes praticavam o tráfico não legitimam sua constrição cautelar. 5. Agravo regimental desprovido. (HC 208548 AgR, Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, DjJe 22.06.2022)

De outra parte, a alegação de ausência de demonstração de atividade econômica lícita é, na mesma medida, inservível ao exame de cautelaridade e imprescindibilidade da medida excepcional que ora se propõe.

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte já asseverou, por diversas vezes, que *“o fato de o acusado não ter ocupação lícita não pode ser usado em seu desfavor e nem pode ser considerado motivo para qualificá-lo como pessoa dedicada a atividade criminosa, ainda mais em um país com altíssima taxa de desemprego como o nosso”*. (ARE 1.075.920, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28.09.2017).

Ante o exposto, torna-se impositiva a restituição do estado de

HC 228275 / SP

liberdade do paciente.

4. Dessarte, com base no art. 192 do RISTF, não conheço do *writ*, mas concedo a ordem, de ofício, para o fim de determinar a imediata soltura do paciente, salvo se preso por outro motivo, sem prejuízo da imposição, pelo Magistrado de primeiro grau, se assim entender pertinente, das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Oficie-se ao TJSP e ao STJ, dando-lhes ciência desta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 22 de maio de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente