

HABEAS CORPUS 234.898 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : ROBERTO MENDES DOS SANTOS
IMPTE.(S) : DINAEL DE SOUZA MACHADO JUNIOR E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 864.968 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Dinael de Souza Machado Junior e outro em favor de Roberto Mendes dos Santos contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu da impetração, nos autos do HC 864.968/SP.

O impetrante narra (eDOC 1) que o paciente foi condenado pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por transportar 188 kg de cocaína.

Alega que o paciente é primário, não ostenta maus antecedentes, é detentor de residência fixa no distrito da culpa, possui laços familiares sedimentados e está predisposto ao exercício de atividades laborativas lícitas. (p. 3)

Aduz que o paciente se trata apenas de “mula” do tráfico, concluindo-se que o presente caso preenche a possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas. (p. 4)

Sustenta ainda que a prisão preventiva é incompatível com a adoção de regime semiaberto, causando constrangimento ilegal.

Por fim, ressalta que “a natureza e a quantidade de droga não podem ser usadas como justificativa para afastar o tráfico privilegiado sem que outras circunstâncias revelem a dedicação do réu à atividade criminosa, de modo que pela via de consequência, ante a ausência de fundamentação idônea, torna desproporcional a manutenção de prisão preventiva.” (p. 7)

É o relatório.

Decido.

Visto que o mérito da controvérsia não foi apreciado por órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça, sua apreciação por este

Tribunal resultaria em supressão de instância.

A despeito de meu posicionamento pessoal em contrário, as duas Turmas desta Corte firmaram jurisprudência no sentido de não conhecer dos *writs* extintos por decisão monocrática do STJ, sem o manejo do agravo interno para o órgão colegiado. Nesse sentido: HC 190.012 AgR, rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 5.10.2020; HC 190.258 AgR, rel. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 16.10.2020.

Evidentemente, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV), a aplicação desse entendimento jurisprudencial **pode ser afastada no caso de configuração de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder, o que é o caso dos autos.**

Para tanto, transcrevo trecho da sentença condenatória que fundamentou a prisão preventiva, já que o acórdão de apelação apenas manteve a decisão inalterada:

(...)

Ocultada a droga no interior do caminhão, o indiciado, a qual competia diretamente o transporte da droga até o seu destino, saiu do Estado de Mato Grosso do Sul, transpondo a divisa com o Estado de São Paulo, até que parou no Posto de Combustível localizando nesta cidade de Santa Bárbara d'Oeste, na Rua Wilcon Pereira, nº 130, no Jardim Paraíso.

(...)

De volta ao Posto de Combustíveis e acompanhados do indiciado e da equipe de canil do 10 ° BAEP, inicialmente nada de ilícito localizado pelos policiais. Porém, o cão do canil alterou seu comportamento junto à caçamba do veículo, onde havia uma parte aparentemente soldada, o que chamou a atenção dos policiais.

O indiciado mostrou o conteúdo da carga que estava sendo transportada - ferro gusa -, e informou que havia saído

da cidade de Corumbá, no Estado do Mato Grosso do Sul, com destino à cidade de Piracicaba.

(...)

Questionado pelos policiais, ROBERTO admitiu que transportava drogas no seu veículo, mas não sabia precisar a quantidade de drogas e recebeu a importância de R\$10.000,00 de uma pessoa em Corumbá/MS, para levar a droga até Santa Barbara d' Oeste...

(...)

Sendo assim, com relação ao crime de associação ao tráfico de drogas, o caso é de absolvição por falta de provas...

(...)

Primeira fase. Atenta ao disposto no artigo 59 do Código Penal, observo que o réu é primário e de bons antecedentes.

(...)

“E não há fato novo apontando a conveniência da sua soltura. E ainda que assim não fosse, no presente caso se fazem presentes os requisitos da prisão preventiva. A elevada quantidade de pena aplicada e o regime prisional mais gravoso exigem o encarceramento para garantia da aplicação da lei penal. Nada impede, assim, que fuja do distrito da culpa para se furtar ao cumprimento desta pena. Também há necessidade de garantir a ordem pública. Os elementos apurados revelam que o acusado está profundamente envolvido com o comércio deletério. Solto, com sensação de impunidade e com esta conduta social reprovável, certamente voltará a delinquir. Necessário, assim, extirpar do seio da sociedade pessoas que conturbam a ordem pública. O Judiciário não pode se furtar à efetiva reprimenda do crime de tráfico de drogas, cujos efeitos são graves e nefastos, pois não só fomenta a prática de outros

graves crimes, geralmente furtos e roubos por parte dos usuários, que tentam manter o vício, mas também porque seus agentes são verdadeiros causadores da destruição de vidas e famílias.” (eDOC 2, p. 15)

Neste caso concreto, penso, não obstante a quantidade de drogas, é **imprópria a decretação da prisão preventiva de investigado primário com base única e exclusivamente no mérito da traficância, sem que se aponte a vinculação do paciente com organização criminosa ou qualquer outro fator que ameace efetivamente a ordem pública ou conclua pela possibilidade de reiteração delitiva.**

Da leitura do decreto prisional, vê-se que a prisão está fundamentada apenas na própria prática do delito de tráfico de drogas, consequência afeta à execução da pena. Sobre isso:

“Agravos regimentais no habeas corpus. 2. Recurso da PGR. 3. Prisão preventiva decretada única e exclusivamente com base na quantidade da droga. Agravado primário. Ausente indício de pertencimento à organização criminosa. Impossibilidade. 4. Agravo improvido”. (AgR no HC 183.320, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 3.6.2020)

Ademais, a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de não haver compatibilidade da vedação ao direito de recorrer em liberdade com o regime inicial semiaberto. Entre vários outros julgados, cito, nesse sentido, o HC 185.181 AgR, rel. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 6.7.2020, e o HC 191.931, rel. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 7.1.2021, assim ementado:

“HABEAS CORPUS ATO INDIVIDUAL ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PRISÃO PREVENTIVA

FLAGRANTE PERICULOSIDADE. Precedida a prisão preventiva de flagrante, tem-se sinalizada periculosidade e viável a custódia provisória. PRISÃO PREVENTIVA REGIME SEMIABERTO INCOMPATIBILIDADE. A fixação do regime de cumprimento semiaberto afasta a prisão preventiva. ORDEM CORRÉU EXTENSÃO. Ante a identidade de situação jurídica, cabe estender a corrêu ordem deferida em habeas corpus artigo 580 do Código de Processo Penal”.

Portanto, em respeito à proporcionalidade e à presunção de inocência, que determina a provisoriedade das medidas cautelares, a incompatibilidade da prisão preventiva com a fixação do regime semiaberto ou aberto na sentença condenatória deve ser a regra. A possibilidade de se manter a prisão preventiva para acautelar a sociedade da reiteração delitiva por agente de alta periculosidade, admitida pela Corte como exceção a ela, exigiria fundamentação circunstanciada do sentenciante, inexistente no caso.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de **revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas pelo juízo de origem.****

Publique-se.

Brasília, 16 de novembro de 2023.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente