



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 653515 - RJ (2021/0083108-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : RONALDO ORLOWSKI - RJ087506
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE RODRIGUES DA SILVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE RODRIGUES DA SILVEIRA contra acórdão proferido no HC n. 0076444-74.2020.8.19.0000 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante em 28/10/2020, teve a prisão convertida em preventiva, por haver supostamente cometido os delitos dos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69, c.c. o art. 61, inciso II, alínea 'j' do Código Penal, pois surpreendido com **51g (cinquenta e um gramas) de maconha, 41g (quarenta e um gramas) de crack e 31g (trinta e um gramas) de cocaína**, além de um rádio transmissor supostamente conectado com o tráfico (fl. 18).

Narra a Parte Impetrante que, irresignada com a prisão preventiva e em razão da quebra da cadeia de custódia da prova, da pandemia da Covid-19 e do risco da contaminação do Paciente, impetrou prévio *writ* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, nos termos do acórdão de fls. 68-78, assim ementado:

"Habeas Corpus. *Imputação dos crimes previstos nos artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pedido de relaxamento da prisão cautelar e de trancamento da ação penal por ausência de justa causa, ou de revogação por inidoneidade de fundamentação do decreto prisional e ausência dos seus pressupostos, além de ofensa ao princípio da homogeneidade. Pedido de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, diante da pandemia de COVID-19. Pretensões inconsistentes.*

I. Alegação de quebra na cadeia de custódia, em relação à materialidade do crime de tráfico de drogas. Não acolhimento. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida excepcional, só admissível quando restar provada, sem necessidade de exame aprofundado do conjunto fático probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de justa causa, o que não se verifica no presente feito. A ausência de embalagem oficial não autoriza o trancamento pretendido. Justa causa consubstanciada nos depoimentos colhidos durante as investigações. Plausibilidade do direito invocado que se faz

presente. Análise aprofundada da prova que, a toda evidência, ultrapassa os estreitos limites do presente writ.

II. Decisão satisfatoriamente motivada e alicerçada em elementos concretos, inexistindo qualquer vício a maculá-la. Fumus commissi delicti. Paciente preso em flagrante com quantidade considerável de droga para venda: 41g (quarenta e um gramas) de cocaína, na forma de 'crack'; 51g (cinquenta e um gramas) de maconha; e 31 (trinta e um gramas) de cocaína em pó, em local conhecido como ponto de venda de drogas dominado por facção criminosa. Circunstâncias que, em princípio, denotam habitualidade na conduta imputada e envolvimento com a criminalidade organizada. Necessidade inequívoca de se garantir a ordem pública diante de provável reiteração criminosa, tendo em vista a gravidade concreta dos delitos imputados. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de restabelecer o status libertatis do indivíduo, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, como no presente caso. Alegação de ofensa ao princípio da homogeneidade que não se sustenta, sendo, em princípio, incompatível com o teor da imputação, com a gravidade concreta da conduta cometida e com a via estreita do presente writ. Pandemia de COVID-19. Adoção de diversas medidas sanitárias e de saúde pública para enfrentamento da emergência em questão. Edição da Portaria Interministerial n.º 07, de 16/03/2020, dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública e Saúde, no âmbito do Sistema Prisional, que prevê procedimentos a serem adotados de forma a evitar a propagação do vírus no interior dos estabelecimentos prisionais. Recomendação n.º 62/20, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, com previsão de que as prisões preventivas, durante a pandemia, hão de ser mantidas em caráter excepcional, o que não significa dizer que os presos deverão ser indistintamente colocados em liberdade ou que somente permanecerão no cárcere aqueles que não se incluam no rol de prioridades elencado pelo CNJ. Até porque, trata-se de mera recomendação, sem força de lei. Paciente que, embora não responda a processo por crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, foi capturado na prática de delitos de extrema gravidade, cujas circunstâncias – prisão na posse de elevada quantidade e variedade de drogas, em local conhecido como ponto de vendas de drogas, dominado por facção criminosa – constituem forte indicativo da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, acrescentando-se que não se trata de paciente que se insira no chamado grupo de risco. Prisão cautelar que não ofende o princípio da presunção de inocência. Verbete n.º 09 das Súmulas do STJ. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada."

Daí o presente *mandamus*, em que a Defesa alega, em suma, a inidoneidade do decreto prisional, por falta de justa causa, uma vez que, conforme certificou o perito, as drogas apreendidas foram entregues à perícia sem o necessário lacre, de forma que não há como se garantir a lisura da cadeia de custódia como um todo, motivo pelo qual, no mérito, há que se afastar a materialidade do delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, ante a evidente quebra da custódia da prova dos autos.

Assevera que a quantidade de entorpecentes encontrada em poder do Paciente é inexpressiva e não justifica a segregação cautelar, sendo evidente o cabimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, requer:

"a) a intimação pessoal da Defensoria Pública acerca da data da realização do julgamento, permitindo-se, caso haja interesse, a sustentação oral na data do julgamento;

b) seja deferida a liminar com o Relaxamento da Prisão em relação ao Tráfico (art. 33, da Lei 11.343/2006) para que o Paciente aguarde, em liberdade, o

juízo do presente writ;

c) seja concedida a ordem para determinar:

c.1) a anulação do feito desde o inquérito policial, eivado de nulidade, reconhecendo-se a quebra da cadeia de custódia e, por conseguinte, a prova ilícita; ou para c.2) anulá-lo a partir da denúncia, ante sua demonstrada inépcia (falta de justa causa); ou, ainda, c.3) para absolvê-lo do delito tipificado no art. 33, da Lei 11.343/2006, ante a evidente quebra da cadeia de custódia." (fls. 9-10)

É o relatório. Decido.

Relativamente à conduta do Paciente e à suposta quebra da cadeia de custódia das drogas apreendidas como prova, no decreto prisional, o Juiz da causa consignou o que se segue (fls. 18-19; sem grifos no original):

"Primeiramente, deve ser consignado que o custodiado afirma não ter sofrido agressão física no momento da diligência.

Compulsando os autos, verifico que da narrativa apresentada no registro de ocorrência, vislumbra-se que o custodiado fora preso em flagrante delito pela prática, em tese, dos crimes dos art. 33 e 35 da Lei 11.343/06, sendo certo que a opinião delicti ainda não foi apresentada pelo Ministério Público com atribuição.

A prisão em flagrante é regular, tendo sido observados os exatos termos dos art. 10 e 13 do CPP.

Em relação ao pedido de relaxamento da prisão sustentando por quebra da cadeia de custódia indefiro, já que a questão não é manifesta e conquanto o material tenha sido recebido sem lacre no setor de perícias, certo é que não se pode ignorar que o material objeto da perícia seria compatível com aquele apreendido no momento da diligência policial. Logo, por desafiar a questão a instrução probatória, não reconheço a tese de ilegalidade que não é manifesta.

No que diz respeito à conversão da prisão em flagrante em preventiva, entende este magistrado que a prisão se mostra necessária e proporcional, data vênua do entendimento defensivo, devendo ser destacado que os fatos imputados ao custodiado são tipificados como crimes graves, notadamente porque policiais se encontravam em patrulhamento e operação na Comunidade do Sabão quando teriam visto o ora indiciado, o qual, ao perceber a aproximação deles, teria jogado duas sacolas no chão.

Contudo, os brigadinos lograram abordá-lo, sendo que teriam encontrado em sua cintura um rádio comunicador que estaria ligado na frequência do tráfico. Já nas sacolas arrecadadas os policiais teriam encontrado drogas em variedade e em quantidade razoável, cuja forma de acondicionamento é indicativa de traficância. Neste prisma, tudo indica que o restabelecimento da liberdade do custodiado gera ofensa à ordem pública, assim considerado o sentimento de segurança, prometido constitucionalmente, como garantia dos demais direitos dos cidadãos.

Ademais, não há qualquer documento que indicie o exercício de atividade laborativa lícita pelo custodiado.

É de se ressaltar que os fundamentos da prisão cautelar não guardam qualquer similaridade com os fundamentos da prisão por cumprimento de pena. Assim, o 'princípio da homogeneidade' não tem aplicação prática nenhuma, sobretudo porque sequer se pode afirmar categoricamente que o indiciado, em caso de eventual condenação, fará jus a uma pena restritiva de direitos. Havendo, como há, risco, aos direitos sociais previstos no artigo 312 do CPP, deverá ser decretada a prisão provisória, independentemente de qualquer pretensão premonitória sobre o resultado de eventual processo, que sequer teve início.

Assim, em razão da gravidade em concreto do crime, em que no total da diligência os policiais teriam encontrado quantidade elevada de drogas, em variedade, tratando-se de 51g de maconha, 41g de crack e de 31g de cocaína, não

se olvidando que ele teria ainda sido encontrado com um radiocomunicador ligado numa Comunidade dominada pelo Comando Vermelho, considero que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, aplicadas isoladas ou cumulativamente, são suficientes para garantir a ordem pública, ou a aplicação da lei penal. Além disso, também por conveniência da instrução criminal, haja vista a ausência de documentos que comprovam o exercício de atividade laborativa lícita ou endereço domiciliar.

Outrossim, a jurisprudência é assente quanto ao entendimento de que as condições subjetivas favoráveis, como a primariedade, dos indiciados não impõem a soltura caso estejam presentes os requisitos da preventiva, tal qual ocorre na espécie.

Quanto ao apontado tenho que os fatos se confundem com o mérito, o que, com efeito, deve ser objeto de análise pelo juízo natural. Veja que na audiência de custódia não tem como se realizar exame aprofundado do que ocorrera, o que somente pode ser apreciado pelo juízo natural.

De igual forma, sem razão ao sustentar que a ocorrência da Pandemia enfraquece a necessidade da prisão, porquanto, como salientado acima, não se pode perder de vista da gravidade em concreto dos fatos a justificar a medida extrema, ainda mais porque, por ora, inexistente qualquer indicativo de que exista qualquer surto da referida pandemia nas unidades prisionais deste Estado."

Por sua vez, o acórdão impugnado declinou os seguintes fundamentos, no ponto (72-76; sem grifos no original):

"No presente caso, o impetrante alega ter havido quebra na cadeia de custódia, em relação à materialidade do crime de tráfico de drogas.

Todavia, para que haja justa causa à deflagração da ação penal não é necessário haver provas contundentes, definitivas, afirmações incisivas ou até mesmo acusações diretas, mas tão somente a presença de indícios suficientes, suspeitas e coincidências factíveis. Ou seja, basta a plausibilidade do direito invocado.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, sendo que no Laudo de Exame Prévio de Entorpecente e/ou Psicotrópico de fls. 16/17 consta a seguinte descrição: 'Esclarece o Perito que o material supra descrito foi recebido neste PRPTC em TOTAL INCONFORMIDADE com relação à sua embalagem, a saber: embalado com frágil saco plástico incolor (do tipo utilizado para acondicionamento de alimentos em mercados e feiras), fechado por nó, desprovido de lacre. O material segue para o acautelamento em saco plástico padrão lacrado por este Perito, com numeração 00054410.'

Não obstante, o Perito identificou: 'Material 1: 41 Grama(s) de COCAÍNA (CRACK) Amostra: 0,50 Grama(s) Material 2: 51 Grama(s) de MACONHA (Cannabis sativa L.) Amostra: 0,50 Grama(s) Material 3: 31 Grama(s) de Cocaína (pó) Amostra: 0,50 Grama(s) Contraprova: 0,50 Grama(s) de COCAÍNA (CRACK) Contraprova: 0,50 Grama(s) de MACONHA (Cannabis sativa L.) Contraprova: 0,50 Grama(s) de Cocaína (pó)'. (Grifos nossos).

Como cedo, o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida excepcional, só admissível quando restar provada, sem necessidade de exame aprofundado do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou, ainda, a ausência de justa causa.

Verifica-se, ainda, que a tese defensiva exige análise aprofundada da prova, a qual deve ser efetuada ao longo da instrução criminal e ultrapassa, a toda evidência, os limites estreitos do presente writ."

Dessa forma, o entendimento da Jurisdição local encontra-se em harmonia com o

posicionamento firmado por esta Corte de Justiça, segundo o qual a análise aprofundada do caminho percorrido na cadeia de custódia da prova é matéria que demanda inserção no contexto fático-probatório dos autos, medida que não pode ser adotada na via estrita do *habeas corpus*.

A propósito, cito os seguintes precedentes desta Corte Superior, *mutatis mutandis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL REALIZADO. MATERIALIDADE DO DELITO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PREMATURO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 'O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão vergastada por seus próprios fundamentos.' (AgRg no RMS 60.369/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019).

2. Hipótese em que o agravante limita-se a reiterar mesma argumentação lançada nas razões da impetração, sem apresentar qualquer fato novo tendente à modificação do julgado que, por tal razão, deve ser mantido por seus próprios fundamentos.

3. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito policial por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

4. O instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade.

Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita.

5. In casu, embora tenha inicialmente sido dispensada a realização de laudo pericial das drogas apreendidas e determinada a sua incineração, antes da destruição das drogas, foi constatada a necessidade da retirada de amostragem para posterior confecção de laudo pericial definitivo, o que, efetivamente, foi realizado e o laudo foi devidamente juntado aos autos. Tal situação não induz à imprestabilidade da prova, não passando de mera conjectura a afirmação de que há dúvidas sobre se a droga pertence mesmo ao processo no qual o paciente figura como réu.

6. Caso em que a inicial acusatória imputa ao paciente a conduta de trazer consigo 20 buchas de cocaína, totalizando 6 gramas, e uma porção de maconha, com peso total de 30 gramas, estando devidamente narrada a conduta imputada e preliminarmente demonstrada a materialidade e os indícios de autoria, motivo pelo qual se revela prematuro o encerramento da ação penal neste momento.

7. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 615.321/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. OPERAÇÃO ERVA DANINHA. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DEMONSTRAÇÃO DOS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DENOMINADA PCC. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

IMPRESINDIBILIDADE DEMONSTRADA. NULIDADE. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JÚRI. CONEXÃO ENTRE DELITOS. NÃO OCORRÊNCIA. SITUAÇÕES DIVERSAS, PRATICADAS EM LOCAIS DISTINTOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Tendo sido indicada a existência da conduta delituosa relacionada à existência de grupo criminoso voltado para a prática de tráfico de drogas e os indícios de autoria, com a individualização das condutas dos acusados, bem como fundamentação concreta, evidenciada no fato de os agravantes serem integrantes de complexa organização criminosa, denominada PCC, não há ilegalidade no decreto prisional.

2. Não se evidencia carência de fundamentação nas decisões que autorizaram interceptações telefônicas, porquanto lastreadas em suporte probatório prévio e especialmente na necessidade e utilidade da medida, nos termos da Lei n. 9.296/96, as quais foram autorizadas diante da existência de indícios da prática delitiva colhidos em investigações policiais prévias, bem como na necessidade de apuração de complexa e estruturada organização criminosa suspeita da prática de Tráfico de drogas e de homicídio, sendo demonstrada a sua imprescindibilidade por não haver outro meio idôneo para apurar os fatos.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a complexidade dos fatos investigados e o considerável número de integrantes justificam a sucessiva prorrogação da interceptação telefônica, o que não caracteriza violação ao art. 5º da Lei 9.296/96.

4. A ausência de documento essencial ao deslinde da controvérsia impede o conhecimento do writ quanto à alegação de ausência de prévio requerimento do Parquet em relação a um dos terminais interceptados, tendo em vista que o Tribunal de origem expressamente indicou a existência deste documento nos autos do HC no 1.0000.20.043993-3/000, impetrado na origem, o qual não foi juntado aos autos.

5. A ausência de assinatura do Magistrado em uma das prorrogações não afasta os elementos indiciários colhidos nas prévias interceptações e nas demais investigações, que são suficientes para a configuração dos indícios de autoria que embasaram a cautelar, indicando a participação do paciente na organização criminosa, não sendo motivo suficiente para afastar o fumus boni iuris, com a consequente revogação da prisão preventiva.

6. Não se verifica manifesta ilegalidade por cerceamento de defesa, pois consta do autos que os impetrantes tiveram amplo acesso ao processo principal e ao processo cautelar de interceptação telefônica, tendo a defesa permanecido cerca de 1 mês com este último, ou por 'quebra da cadeia de custódia', pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova.

7. Quanto à alegação de competência do Tribunal de Júri, em razão da conexão dos crimes de organização criminosa em exame e um outro de homicídio, não há manifesta ilegalidade, pois não há conexão entre os delitos, pois, assim como decidido pela Corte de origem, tratam-se de situações diversas, praticadas em circunstâncias e em locais diferentes, que apenas foram descobertos em desdobramentos da mesma investigação.

8. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 599.574/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FRAGILIDADE DAS PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. VIA INADEQUADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. CARTÃO DE MEMÓRIA NÃO

PRESERVADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA. POSSE DIRETA DE ENTORPECENTES. DESNECESSIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECE.

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

2. A tese de fragilidade das provas quanto à imputação criminosa é questão que não pode ser dirimida na via sumária do habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado dos elementos coletados no curso da instrução criminal, devendo ser solucionada na esfera própria, qual seja, na ação penal a que responde perante o Juiz singular.

3. A alegada quebra da cadeia de custódia, uma vez que o cartão de memória que deu origem às investigações não teria sido preservado de acordo com as regras processuais, não foi alvo de deliberação pela autoridade impetrada, circunstância que impede qualquer manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

4. Não se pode falar de negativa de jurisdição, visto que o Tribunal de origem forneceu fundamentação idônea ao refutar a análise da tese da quebra da cadeia de custódia. Isso porque verificar o caminho percorrido pelo cartão de memória e a correção ou não de todos os procedimentos adotados pela polícia judiciária na apreensão, guarda e posterior extração de informações nele contidas demandaria profundo revolvimento fático-probatório, o que é inviável na via estreita eleita. A questão deve ser dirimida durante a instrução processual e resolvida na decisão final, que estará sujeita aos recursos legalmente previstos.

5. Na espécie, a imputação descreve que o paciente ocupa função na cúpula da organização criminosa apontada, além de ser o responsável por municiar a facção, bem como praticar o tráfico de drogas e recolher os 'dízimos' para o grupo enquanto o principal líder esteve preso. Tais circunstâncias indicam que a atividade delitiva não é esporádica ou eventual; ao contrário, demonstram a habitualidade delitiva e profissionalismo ao crime organizado, que denotam a real possibilidade de reiteração, o que justifica a prisão cautelar.

6. O Supremo Tribunal Federal decidiu que 'a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva' (HC n.º 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

7. A ausência de apreensão de drogas na posse direta do agente não afasta a materialidade do delito de tráfico quando estiver delineada a sua ligação com outros integrantes da mesma organização criminosa que mantinham a guarda dos estupefacientes destinados ao comércio proscrito. Ademais, os delitos de associação ao tráfico e de organização criminosa prescindem de efetiva apreensão de qualquer estupefaciente. Logo, tais imputações per se possibilitam a decretação e manutenção da segregação cautelar, diante do gravoso modus operandi utilizado.

8. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

9. Incabível a aplicação de cautelares diversas quando a segregação encontra-se justificada para acautelar o meio social, diante da gravidade efetiva do delito.

10. Habeas corpus do qual não se conhece. Recomenda-se ao Juízo processante que reexamine a necessidade da segregação cautelar, tendo em vista o tempo decorrido e o disposto na Lei n. 13.964/2019." (HC 536.222/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 04/08/2020; sem grifos no original.)

No mais, quanto aos fundamentos da custódia cautelar, entendo que se encontram presentes os requisitos autorizadores para concessão da liminar no sentido de deferir a aplicação de medidas cautelares diversas do encarceramento.

A reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que toda custódia imposta antes do exaurimento da jurisdição ordinária exige concreta fundamentação, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

No caso, o Juízo de primeiro grau decretou a prisão preventiva do Paciente valendo-se da seguinte fundamentação (fls. 19-20; sem grifos no original):

"No que diz respeito à conversão da prisão em flagrante em preventiva, entende este magistrado que a prisão se mostra necessária e proporcional, data vênua do entendimento defensivo, devendo ser destacado que os fatos imputados ao custodiado são tipificados como crimes graves, notadamente porque policiais se encontravam em patrulhamento e operação na Comunidade do Sabão quando teriam visto o ora indiciado, o qual, ao perceber a aproximação deles, teria jogado duas sacolas no chão.

Contudo, os brigadinos lograram abordá-lo, sendo que teriam encontrado em sua cintura um rádio comunicador que estaria ligado na frequência do tráfico. Já nas sacolas arrecadadas os policiais teriam encontrado drogas em variedade e em quantidade razoável, cuja forma de acondicionamento é indicativa de traficância. Neste prisma, tudo indica que o restabelecimento da liberdade do custodiado gera ofensa à ordem pública, assim considerado o sentimento de segurança, prometido constitucionalmente, como garantia dos demais direitos dos cidadãos.

Ademais, não há qualquer documento que indicie o exercício de atividade laborativa lícita pelo custodiado.

É de se ressaltar que os fundamentos da prisão cautelar não guardam qualquer similaridade com os fundamentos da prisão por cumprimento de pena. Assim, o 'princípio da homogeneidade' não tem aplicação prática nenhuma, sobretudo porque sequer se pode afirmar categoricamente que o indiciado, em caso de eventual condenação, fará jus a uma pena restritiva de direitos. Havendo, como há, risco, aos direitos sociais previstos no artigo 312 do CPP, deverá ser decretada a prisão provisória, independentemente de qualquer pretensão premonitória sobre o resultado de eventual processo, que sequer teve início.

Assim, em razão da gravidade em concreto do crime, em que no total da diligência os policiais teriam encontrado quantidade elevada de drogas, em variedade, tratando-se de 51g de maconha, 41g de crack e de 31g de cocaína, não se olvidando que ele teria ainda sido encontrado com um radiocomunicador ligado numa Comunidade dominada pelo Comando Vermelho, considero que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, aplicadas isoladas ou cumulativamente, são suficientes para garantir a ordem pública, ou a aplicação da lei penal. Além disso, também por conveniência da instrução criminal, haja vista a ausência de documentos que comprovam o exercício de atividade laborativa lícita ou endereço domiciliar.

Outrossim, a jurisprudência é assente quanto ao entendimento de que as condições subjetivas favoráveis, como a primariedade, dos indiciados não impõem a soltura caso estejam presentes os requisitos da preventiva, tal qual ocorre na

espécie.

Quanto ao apontado tenho que os fatos se confundem com o mérito, o que, com efeito, deve ser objeto de análise pelo juízo natural. Veja que na audiência de custódia não tem como se realizar exame aprofundado do que ocorrera, o que somente pode ser apreciado pelo juízo natural.

De igual forma, sem razão ao sustentar que a ocorrência da Pandemia enfraquece a necessidade da prisão, porquanto, como salientado acima, não se pode perder de vista da gravidade em concreto dos fatos a justificar a medida extrema, ainda mais porque, por ora, inexistente qualquer indicativo de que exista qualquer surto da referida pandemia nas unidades prisionais deste Estado.

Isto posto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva de ALEXANDRE RODRIGUES DA SILVEIRA. Expeça-se mandado de prisão."

No voto condutor do acórdão ora impugnado, consignou o Relator o que se segue a respeito da prisão do Acusado (fls. 66-75; grifos diversos do original):

"[...]

A prisão cautelar também se apresenta necessária.

A decisão impugnada encontra-se satisfatoriamente motivada, em estreita consonância com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, pois a Autoridade apontada como coatora extraiu dos elementos concretos trazidos aos autos a necessidade da medida coercitiva, demonstrando, suficientemente, o preenchimento de todos os requisitos exigidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

Dito isso, conforme informações colhidas no sítio eletrônico deste Tribunal de Justiça e de acordo com as informações prestadas pela Autoridade apontada como coatora, às fls. 25, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante em 28/10/2020; a prisão foi convertida em preventiva em 29/10/2020; e assim se encontra motivada a decisão impugnada: '...vislumbra-se que o custodiado fora preso em flagrante delito pela prática, em tese, dos crimes dos art. 33 e 35 da Lei 11.343/06, sendo certo que a opinio delicti ainda não foi apresentada pelo Ministério Público com atribuição. A prisão em flagrante é regular, tendo sido observados os exatos termos dos art. 10 e 13 do CPP. Em relação ao pedido de relaxamento da prisão sustentando por quebra da cadeia de custódia indefiro, já que a questão não é manifesta e conquanto o material tenha sido recebido sem lacre no setor de perícias, certo é que não se pode ignorar que o material objeto da perícia seria compatível com aquele apreendido no momento da diligência policial. Logo, por desafiar a questão a instrução probatória, não reconheço a tese de ilegalidade que não é manifesta. No que diz respeito à conversão da prisão em flagrante em preventiva, entende este magistrado que a prisão se mostra necessária e proporcional, data vênua do entendimento defensivo, devendo ser destacado que os fatos imputados ao custodiado são tipificados como crimes graves, notadamente porque policiais se encontravam em patrulhamento e operação na Comunidade do Sabão quando teriam visto o ora indiciado, o qual, ao perceber a aproximação deles, teria jogado duas sacolas no chão. Contudo, os brigadianos lograram abordá-lo, sendo que teriam encontrado em sua cintura um rádio comunicador que estaria ligado na frequência do tráfico. Já nas sacolas arrecadadas os policiais teriam encontrado drogas em variedade e em quantidade razoável, cuja forma de acondicionamento é indicativa de traficância. Neste prisma, tudo indica que o restabelecimento da liberdade do custodiado gera ofensa à ordem pública, assim considerado o sentimento de segurança, prometido constitucionalmente, como garantia dos demais direitos dos cidadãos. Ademais, não há qualquer documento que indicie o exercício de atividade laborativa lícita pelo custodiado.' (Grifos nossos).

Inequívoca, portanto, a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, pois o fumus commissi delicti é extraído da prisão em flagrante, da apreensão das drogas e dos depoimentos colhidos em sede policial.

Já o periculum libertatis emerge da necessidade de se garantir a ordem

pública e preveni-la de possível reiteração criminosa, haja vista a gravidade concreta dos crimes imputados ao paciente e a sua considerável periculosidade social, mormente pela apreensão de farta quantidade e variedade de entorpecentes de altíssimo potencial lesivo (cocaína e crack), e em local conhecido como ponto de venda de drogas, dominado pela facção criminosa autodenominada 'Comando Vermelho'.

E a alegação de ofensa ao princípio da homogeneidade não se sustenta, sendo, em princípio, incompatível com o teor da imputação, com a gravidade concreta da conduta cometida e com a via estreita do presente writ."

Como se percebe das transcrições acima, os fundamentos da prisão preventiva não se encontram desarrazoados, posto que ressaltam gravidade concreta da conduta, pois o Paciente é supostamente membro de organização criminosa responsável por parte do tráfico de drogas ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, circunstância que, em regra, em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, justifica a prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Todavia, constata-se que, apesar da fundamentação concreta da necessidade da prisão preventiva, a quantidade de entorpecentes cuja propriedade foi atribuída ao Paciente – **51g (cinquenta e um gramas) de maconha, 41g (quarenta e um gramas) de crack e 31g (trinta e um gramas) de cocaína** – não é tão expressiva, a ponto de evidenciar a suficiência, no caso, da fixação de medidas cautelares diversas da prisão, notadamente considerando-se a situação atual de pandemia decorrente do novo coronavírus, a qual torna a segregação ainda mais excepcional.

Mister ressaltar que, em diversos julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, deliberou-se que determinadas quantidades de drogas ilícitas, embora não possam ser consideradas inexpressivas, não autorizam, isoladamente, a conclusão de que a prisão preventiva é a única medida cautelar adequada.

Considerada essa circunstância, repita-se, a apreensão total de drogas no caso – 51g (cinquenta e um gramas) de maconha, 41g (quarenta e um gramas) de crack e 31g (trinta e um gramas) de cocaína –, mesmo que não pudesse ser considerada diminuta, não se mostra apta a demonstrar, por si só, o *periculum libertatis* do Paciente.

Não parece destoar dessa conclusão a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conforme esclarece o seguinte fragmento de decisão proferida pelo Exmo. Ministro CELSO DE MELLO (RISTF, art. 37, inciso I) na Medida Cautelar no HC 159.731/SP, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 06/08/2018), *in litteris*:

"Há a considerar, ainda, no caso ora em exame, a pequena quantidade da droga apreendida em poder do paciente – 37 'ependorfs' de cocaína, equivalentes a 25,5g dessa droga, consoante consignado no boletim de ocorrência lavrado em 30/05/2018 –, circunstância que minimiza eventual gravidade do delito pelo qual foi ele preso em flagrante.

[..].

Impende salientar, tendo em vista a jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal – HC 94.767/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (12g de maconha) – HC 112.766/SP, Rel. Min. ROSA WEBER (164g de maconha) – HC 123.765/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES (8,89g de maconha) HC 128.566/MG,

Red. p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO (34g de cocaína) – HC 140.454-MC/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (43,1g de maconha) – HC 143.147/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO (158g de cocaína) – HC 144.199-MC/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES (3g de maconha, 2g de cocaína e 2g de crack), v.g. –, que se revela mínima, no caso ora em exame, a quantidade de drogas apreendidas em poder do ora paciente [...].

Cumpre referir, para efeito de mero registro, que a legislação portuguesa, em tema de drogas e substâncias afins, adotou, a partir da edição da Lei n° 30, de 29 de novembro de 2000, medidas despenalizadoras, instituindo, em determinados casos, tratamento médico-ambulatorial ou simples pagamento de multa, além de somente incriminar a conduta configuradora do delito de tráfico de entorpecentes quando o agente possuir substâncias ilícitas cujo total supere 'a quantidade necessária para consumo médio individual durante o período de 10 dias' (Lei n° 30/2000, art. 2º, item n. 2)."

Destaco, ainda, os seguintes precedentes desta Corte, *mutatis mutandis*:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

*2. Não obstante o paciente responder a outra ação penal por estelionato - delito que não demonstra periculosidade exacerbada do agente, consigne-se -, a quantidade não excessiva de droga apreendida - **197g (cento e noventa e sete gramas) de maconha e 21g (vinte e um gramas) de cocaína** - justifica, tão somente, a imposição de medidas cautelares alternativas, revelando-se a prisão, in casu, medida desproporcional, em observância à regra de progressividade das cautelares de natureza pessoal disposta no art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.*

3. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas a serem fixadas pelo Juiz singular." (HC 558.767/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 18/03/2020; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. PACIENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

*1. Apesar de as instâncias de origem terem decretado a prisão preventiva com base na quantidade de entorpecente encontrada em poder do Paciente, **a quantidade de droga apreendida no caso não é exacerbada (152,3 gramas de maconha e 49 gramas de cocaína)** e, portanto, não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis do Paciente.*

2. Em diversos julgados recentes, de ambas as turmas especializadas em direito penal, concluiu-se que determinadas quantidades de drogas ilícitas, ainda que não possam ser consideradas inexpressivas, não autorizam, isoladamente, a conclusão de que prisão preventiva é a única medida cautelar adequada.

3. Deve, ainda, ser considerado o fato de que, até o momento, não consta nos autos registro de antecedentes em desfavor do Paciente e nem há indício de que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

4. Ordem de habeas corpus concedida para ratificar a liminar em que foi

determinada a soltura do Paciente, se por outro motivo não estivesse 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, caso demonstrada a concreta necessidade da medida, ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada." (HC 504.155/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 27/02/2020; sem grifos no original.)

Portanto, é de rigor a soltura, com a possibilidade de substituição da preventiva por medidas cautelares diversas da prisão. No ponto, cito o seguinte julgado, *mutatis mutandis*:

*"AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO. INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO. REMESSA AO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. PROCURADOR DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO. PEDIDO DE ENVIO DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. COMPETÊNCIA PELO LUGAR DOS FATOS. AGRAVO DESPROVIDO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA RATIONE LOCI. REMESSA DETERMINADA AO TRF DA 1ª REGIÃO. **PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVOS. NÃO SUBSISTÊNCIA. RELAXAMENTO. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA PELA TURMA EM RAZÃO DO EMPATE. EXTENSÃO A CORRÉU NA MESMA SITUAÇÃO.***

I – Nos termos do art. 108, I, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Com base nesse dispositivo, que traz hipótese de competência por prerrogativa de foro, o relator original, Ministro Edson Fachin, determinou a remessa dos autos ao TRF3.

II – Ocorre que, diversamente dos juízes federais, os procuradores da república não estão vinculados necessariamente a um dos Tribunais Regionais Federais. Na época dos fatos, o requerente Ângelo Goulart Villela atuava como Procurador da República exclusivamente no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

III – Assim, aquele tribunal regional é o competente para julgá-lo em razão da competência racione loci, que deve ser conjugada com a competência por prerrogativa de foro. Ademais, há de se ter em conta o princípio da ampla defesa, do qual decorre ser mais benéfico ao Procurador defender-se no local onde reside, tem domicílio e exerce ou exercia as suas funções.

IV – Não há notícia de que o requerente esteja afetando de qualquer maneira a ordem pública, a ordem econômica, interferindo na instrução criminal ou obstando a aplicação da lei penal.

V – Não mais subsistem, portanto, as razões para manutenção da prisão preventiva.

VI – Ordem concedida, em razão do empate, para fixar a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para julgar o requerente, bem como para revogar sua prisão preventiva, impondo-lhe, com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal, medidas cautelares diversas da prisão.

VII – Extensão da medida a corrêu, presente semelhante contexto fático e jurídico." (STF, Pet 7.063/DF, Rel. Ministro EDSON FACHIN, Rel. p/ acórdão Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/08/2017, DJe 05/02/2018; sem grifos no original.)

Conclui-se, à luz dos princípios da cautelaridade, da excepcionalidade e da provisionalidade, não haver risco concreto e atual à ordem e à segurança públicas, ou à garantia da devida tramitação do processo, o que esvazia a necessidade da prisão cautelar. Em outras

palavras, observado o binômio proporcionalidade e adequação, é despicienda a custódia extrema decretada.

Ante o exposto, DEFIRO provimento liminar para determinar a *incontinenti* soltura do Paciente, se por *al* não estiver preso, com as advertências de que deverá permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal) pelo Juiz da causa, desde que de forma fundamentada, e de que a prisão processual poderá ser novamente decretada em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4.º, c.c. o art. 316 do Código de Processo Penal) ou da superveniência de fatos novos.

Comunique-se, com urgência.

Solicitem-se informações pormenorizadas ao Tribunal de origem.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 26 de março de 2021.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora