

HABEAS CORPUS Nº 488.635 - SP (2019/0005865-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : EDILSON JOSE BARBATO
ADVOGADO : EDILSON JOSÉ BARBATO - SP128042
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO HENRIQUE RODRIGUES VIEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO HENRIQUE RODRIGUES VIEIRA, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente foi denunciado pela prática, **em tese**, do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, c/c art. 29, **caput**, do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação do decreto prisional. O eg. Tribunal de origem denegou a ordem, em v. acórdão assim ementado:

"“Habeas Corpus” - Tráfico de Drogas Decretação da Prisão Preventiva Descabimento da concessão de liberdade provisória ou substituição da custódia cautelar por outras medidas Decisão do MM. Juiz de primeiro grau que se fundamentou no caso concreto Apreensão de diversos comprimidos de “ecstasy” Excepcionalidade do cabimento da liberdade provisória às hipóteses do tráfico de drogas, ante a inegável gravidade concreta do delito Eventuais condições pessoais favoráveis que, isoladamente, não afastam a necessidade da custódia cautelar Presentes os requisitos necessários para a segregação cautelar, sua manutenção é de rigor Ausência de constrangimento ilegal Ordem denegada" (fl. 171).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante repisa os argumentos lançados no **writ** originário, reafirmando a existência de constrangimento ilegal, consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação de sua segregação cautelar, sustentando, ainda, que as

condições pessoais do paciente seriam favoráveis.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa, prevista no art. 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida às fls. 296-635.

As informações processuais foram prestadas às fls. 301-317.

O Ministério Público Federal, às fls. 319-325, manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, em parecer ementado nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS.

NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, ESTA INADMISSÍVEL EM HABEAS CORPUS. PRECEDENTE.

PRISÃO PREVENTIVA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA.

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS E PRISÃO. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

O writ não pode ser examinado, visto que impetrado contra acórdão denegatório de habeas corpus originário, em indevida substituição ao recurso ordinário constitucional cabível, nos termos do art. 105, II, "a", da CF/88.

Inicialmente, quanto à alegada inocência, impende destacar o entendimento aludido no seguinte precedente, segundo o qual "A aferição da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do writ, devendo ser a questão dirimida no trâmite da instrução criminal" (HC n. 363.791/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 30/9/2016).

Diversamente do que ficou consignado na impetração, o v. acórdão impugnado, ao denegar a ordem na origem, prestigiando a decisão singular, deixou evidenciada, objetivamente, a necessidade da constrição cautelar fundada, sobretudo, na garantia da ordem pública, valendo-se de fundamentos concretos que ensejam a sua indispensabilidade, notadamente, em face da periculosidade vinculada à quantidade

de entorpecente apreendido, circunstância indicativa de que faz da mercancia ilícita meio de vida e eficaz à legitimação da constrição cautelar.

De se notar, ainda, ser incabível, na espécie, a substituição da prisão por medidas cautelares, instituídas pela Lei nº 12.403/2011, porquanto além de restarem evidenciados os requisitos da prisão preventiva, também está presente a hipótese legal de admissibilidade prevista no art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal (crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos), tendo em vista que o delito inculcado é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.

Parecer pelo não conhecimento da impetração" (fls. 319-320).

É o relatório.

Decido.

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

Pretende o impetrante, em síntese, a revogação da prisão preventiva consubstanciada na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação de sua segregação cautelar.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constitutiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (**v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso**

de Mello, DJe de 18/10/2012).

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

*"Por primeiro, considerando os indícios de coautoria demonstrados em relação aos acusados e a comprovação da materialidade delitiva de crime equiparado a hediondo, havendo indícios seguros de que a dupla transportava o entorpecente apreendido para comercializá-lo, mister o acolhimento da representação Ministerial. Pelo exposto, como garantia da ordem pública, bem como para conveniência da instrução criminal, **decreto a prisão preventiva de MICHAEL CORREA PAIVA e LEONARDO HENRIQUE RODRIGUES VIEIRA** o que faço com supedâneo no art. 312 do C.P.P..*

Expeça-se mandado de prisão e aguarde-se por 60(sessenta) dias o seu cumprimento, cobrando-se, se o caso" (fl. 44, grifei).

A análise da decisão transcrita, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial desta Corte, porquanto a **simples invocação da gravidade genérica do delito** não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública.

Acerca da **quaestio**, destaco o seguinte precedente do col. Supremo Tribunal Federal:

"PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – SUPOSIÇÃO. A custódia preventiva que vise a regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embaraçá-la" (HC 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 1º/8/2014).

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

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE

ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RISCO À INSTRUÇÃO CRIMINAL. MERA CONJECTURA. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do quantum da pena em abstrato, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

4. Condições subjetivas favoráveis à paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que os acusados foram flagrados na posse de 89,5g de cocaína. Precedentes.

5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, com extensão dos efeitos aos corréus, para determinar-lhes a soltura, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal." (HC 419.438/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/02/2018).

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.RECEPTAÇÃO. PRISÃO

CAUTELAR. DEFICIÊNCIA DO LAUDO TOXICOLÓGICO PROVISÓRIO. QUESTÃO SUPERADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A alegação de ausência de materialidade delitiva, devido à deficiência do laudo toxicológico provisório, está superada, uma vez que, consoante informações prestadas pelo juiz de primeiro grau, em 11.7.2017, adveio aos autos o laudo definitivo.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

3. *In casu*, custódia provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, pautando-se apenas na gravidade genérica do delito, nas consequências do crime para a sociedade e na quantidade de entorpecente, que não se afigura relevante - 0,79 gramas de crack e 7,9 gramas de maconha -, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que não se declinou qualquer elemento concreto dos autos a amparar a medida constritiva.

4. Recurso provido a fim de que o recorrente possa aguardar em liberdade a prolação de sentença no processo criminal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade." (RHC 89.460/RS, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15/12/2017).

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

P. e I.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator

