

**PExt no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 106.199 - SP
(2018/0325035-1)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : LUCAS HENRIQUE PEREIRA NUNES (PRESO)
ADVOGADO : GUSTAVO RODRIGUES PIVETA - SP226958
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : LUIZ OTAVIO DO NASCIMENTO BATISTA
ADVOGADO : ELIO FURINI NETO - SP334531

DECISÃO

Trata-se de requerimento formulado em favor de LUIS OTÁVIO DO NASCIMENTO BATISTA, no qual pleiteia a extensão dos efeitos do **decisum** que, no presente recurso ordinário, interposto por LUCAS HENRIQUE PEREIRA NUNES, **deu provimento ao recurso para revogar a prisão preventiva** decretada em desfavor do recorrente, mediante a imposição de medidas cautelares diversas.

Alega-se, em síntese, que a *"Quando da decretação da prisão preventiva pelo juízo de origem, o mesmo também fundamentou genericamente a prisão para os dois corréus, não fazendo nenhuma ressalva de caráter pessoal como fundamento para a prisão cautelar"* (fl. 347), razão pela qual se requer, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, a extensão do benefício concedido ao recorrente.

É o relatório.

Decido.

No presente pedido, o requerente pugna pela extensão do benefício concedido ao recorrente LUCAS HENRIQUE PEREIRA NUNES, qual seja, a revogação da prisão preventiva, mediante a imposição de medidas cautelares diversas, em razão do reconhecimento da ausência de fundamentação idônea do decreto prisional.

Transcrevo o seguinte excerto da mencionada decisão, **veribs**:

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

"1) Demonstrada a materialidade e presentes indícios suficientes de autoria, há justa causa para o recebimento da denúncia, que se encontra formalmente em ordem, constituindo-se na via natural para o exercício do "jus puniend?".

2) Atento à manifestação do i. Representante do Ministério Público, ressaltando que na denúncia, o crime de roubo, foi capitulado levando em consideração a majorante do § 2º, inciso 1, do Código Penal, fica declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 13.654/18, que teria revogado o inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Ocorre que referido dispositivo padece de vício formal, porquanto concebido com violação do devido processo legislativo, na medida em que não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, antes do envio, pela Coordenação de Redação Legislativa, à sanção do Presidente da República.

Portanto, não houve discussão a respeito da suposta revogação do ambiente parlamentar apropriado, o que viola nitidamente o devido processo legislativo, maculando o preceito legal daí resultante.

Assim decidiu a 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da apelação nº 0022570-34.2017.26.0050, interposta pelo Ministério Público, determinando, inclusive, a instauração do incidente de inconstitucionalidade, com remessa dos autos ao Órgão Especial do mesmo Tribunal.

3) Acolho a manifestação Ministerial e decreto a prisão preventiva de LUIZ OTAVIO DO NASCIMENTO BATISTA e LUCAS HENRIQUE PEREIRA NUNES. Expeça-se mandado de prisão.

Como bem demonstrou o i. representante do Ministério Público, existem nos autos a materialidade delituosa e indícios suficientes da autoria, demonstrando suficientemente o envolvimento de referidas pessoas na empreitada criminosa.

Ademais, os fundamentos que sustentam a prisão preventiva estão presentes para garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a segurança da aplicação da pena, por se tratar de delito de roubo.

O crime apurado nos autos é considerado delito grave, cuja pena máxima supera os quatro anos.

Portanto, as circunstancias indicam que os agentes demonstram possuir insensibilidade moral e extrema periculosidade.

O autor de roubo pratica uma das mais inquietantes expressões da criminalidade atual, revelando dolo intenso. Assim agindo, revela personalidade distorcida, desprovido de sentimentos e extrema

periculosidade.

Nesse compasso, a custódia cautelar além de resguardar a ordem pública, imprime celeridade ao processo, permitindo a rápida formação da culpa, preservando a boa instrução criminal, notadamente porque enseja eventual reconhecimento do agente. Em assim sendo, por todas as razões expendidas e ao fato de existir farta prova da materialidade do delito e suficientes indícios da autoria é que deve-se acolher o pedido formulado pelo Ministério Público.

4) Dito isso, nos termos do Artigo 396 e 396 A, do Código de Processo Penal, citem-se os acusados para responderem à acusação por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, cientificando-os de que poderão arguir preliminar e alegarem tudo o que de interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificação, especificar as provas pretendidas, bem como arrolar eventuais testemunhas.

Em não havendo resposta no prazo acima determinado, torne os autos conclusos para nomeação de defensor para atendimento a determinação legal (Artigo 396, § 2º, CPP).

Providencie-se a serventia juntada de F. A. e certidões do que nela eventualmente constar em nome dos acusados, oficiando-se autoridade policial, solicitando a remessa dos laudos faltantes.

Expeça-se o necessário." (fls. 34-36).

*A análise da decisão transcrita, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que **não** há fundamentação idônea, baseada em dados concretos, no decreto prisional, e a **simples invocação da gravidade genérica do delito** não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública, consoante a orientação jurisprudencial desta Corte.*

*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 n. 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 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.**

[...]

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 n. 419.438/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 22/02/2018).

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. 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 n. 89.460/RS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 15/12/2017).

Na mesma linha, os seguintes precedentes: AgRg no HC n. 278.766/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 26/8/2014; RHC n. 39.351/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014; DJe de 1º/9/2014; HC n. 275.352/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 2/9/2014.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do recorrente, mediante a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do d. juízo de primeiro grau, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada."

Pois bem, conforme se extrai da decisão referida, e mediante reanálise processual, não se verifica, a toda evidência, a existência de diversidade da situação fático-processual entre o recorrente e o ora interessado que impeça a concessão do pedido aqui deduzido.

Entendo, portanto, que resta demonstrado, também em relação ao corréu LUIS OTÁVIO o constrangimento ilegal em virtude da ausência de fundamentação do decreto prisional, sendo devida a extensão do benefício concedido, com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal. Acerca do tema, cito os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO BELVEDERE. PEDIDO DE EXTENSÃO. SIMILITUDE DE SITUAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO INERENTE À CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 580 DO CPP. POSSIBILIDADE. PEDIDO DEFERIDO.

1. Demonstrada a similitude da situação processual do peticionário com a do paciente, deve-se estender a ordem, eis que não se verifica a existência de qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que a obstaculize, sendo aplicável, pois, o artigo 580 do Código de Processo Penal.

2. Pedido de extensão deferido em relação ao peticionário, bem como ao corréu restante em idêntica situação, a fim de substituir as suas prisões preventivas por medidas cautelares diversas do encarceramento, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal; sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar mais outras medidas implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de novas prisões, caso demonstrada necessidade" (PExt no HC 378.207/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/03/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. APREENSÃO DE UMA PORÇÃO DE MACONHA (0,88g) E UMA DE COCAÍNA (1,6g). EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. RETARDO INJUSTIFICADO. PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE UM ANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO AO CORRÉU. CONDIÇÃO FÁTICA-PROCESSUAL SÍMILE. INCIDÊNCIA DO ART. 580 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.

3. Caso em que o paciente se encontra preso desde 20/12/2015, há mais de 1 ano e 1 mês, sem qualquer dado indicativo de conclusão da instrução, com a sentença, porque teria sido flagrado com cerca de 1,6 g de cocaína e 0,88g de maconha. A ação penal conta com apenas dois réus, e não se identifica qualquer ato procrastinatório da defesa. Precedentes.

4. O corréu encontra-se na mesma condição fático-processual do ora paciente. Extensão dos benefícios, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para relaxar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP a serem estabelecidas pelo juízo processante, com extensão ao corréu JEAN AUGUSTO MONTELS BIDOIA, se por outro motivo não estiverem presos" (HC 376.859/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/02/2017).

Ante o exposto, **defiro o pedido de extensão formulado para revogar a prisão preventiva de LUIS OTÁVIO DO NASCIMENTO BATISTA, salvo se por outro motivo estiver preso** e, em substituição à prisão cautelar, **deverão ser impostas medidas cautelares diversas da prisão**, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do d. juízo de primeira instância, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada.

P. e I.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator