

HABEAS CORPUS Nº 508.209 - SP (2019/0125862-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : LUCAS EDUARDO DOMINGUES
ADVOGADO : LUCAS EDUARDO DOMINGUES - SP244970
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IGOR SCAVACINI MIRANDA DA CONCEICAO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de IGOR SCAVACINI MIRANDA DA CONCEICAO, contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, **em tese**, do delito previsto no art. 33, **caput**, c/c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação da prisão preventiva. O eg. Tribunal de origem, à unanimidade, denegou a ordem, nos termos do v. acórdão de fls. 245-256, sem ementa no original.

Dáí 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, reforçando que as condições pessoais do paciente seriam favoráveis.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva, sem prejuízo da imposição de medidas cautelares diversas.

A liminar foi indeferida às fls. 206-261, e as informações foram prestadas às fls. 264-265.

O Ministério Público Federal, às fls. 273-274, manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, em parecer ementado nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. SÚMULA N. 691/STF. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

- Argumentação genérica e gravidade em abstrato do delito mostra-se insuficiente à manutenção da prisão preventiva, devendo a custódia cautelar ser fundamentada a partir de elementos concretos que demonstrem a necessidade de medida, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Pelo não conhecimento, mas pela concessão da ordem, de ofício, para revogar a prisão." (fl. 273).

É o relatório.

Decido.

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

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto **substitutivo de recurso ordinário**.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Ab initio, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva 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).

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: **HC n. 449.354/MG, Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 28/06/2018; **HC n. 423.503/SP, Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 14/03/2018; **RHC n. 82.459/CE, Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 22/09/2017; **AgRg no HC n. 382.353/MG, Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 04/04/2017.

Na hipótese, o d. juízo condutor converteu a prisão em flagrante do pacientes em preventiva lastreado nos seguintes fundamentos:

"Por outro lado, porque presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP), não há de ser concedida liberdade provisória à parte autuada (art. 310, III, do CPP). Explico. A manutenção da prisão processual da parte autuada se faz necessária, porquanto os pressupostos e os fundamentos que a ensejaram (fumus comissi delicti et periculum libertatis), bem como os requisitos de admissibilidade, por ora se sustentam, nos termos do art. 312 c.c. o art. 313, I, do CPP, justificando-se a manutenção como garantia da ordem pública, em homenagem aos bens jurídicos tutelados (a saúde pública, primariamente, e a vida, a saúde pessoal e a família [STF, RT 618/407], secundariamente), haja vista a gravidade do fato indicado (tráfico ilícito de drogas) e a repercussão social, mormente para uma cidade interiorana de proporções medianas, como é Barretos. ESSE COMPORTAMENTO PROMOVE DESORDEM CONCRETA (PALPÁVEL) NA SOCIEDADE, COM REFLEXOS NEGATIVOS E TRAUMÁTICOS NA VIDA DE FAMÍLIAS. E SEM ORDEM NÃO HÁ PROGRESSO. Além disso, as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), especialmente aquelas estabelecidas pelos incisos II e III, considerando a conclusão do Delegado de Polícia (APF), a apreensão de expressiva quantidade de droga (TJSP – 5ª Câmara de Direito Criminal – Apelação n. 0003223-66.2016.8.26.0400, da Vara Criminal da Comarca de Olímpia – Rel. Des. TRISTÃO RIBEIRO, V.U., j. 5/07/2018; STJ – 5ª Turma –

HC 409.324/MS – Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 28/11/2017) e, em relação a uma das partes autuadas, a condenação pela prática de crimes contra a vida e contra o patrimonial (fls. 51/58), se revelam insuficientes. Em audiência de custódia, consigno por fim, a parte autuada, ao lado de outras respostas, não alegou nada pessoal contra os agentes policiais que a abordaram, de maneira que, sem adentrar o mérito dos fatos, as declarações das testemunhas ouvidas pela autoridade policial mantém-se críveis. Eis o meu convencimento. 2. Ante o exposto, CONVERTO a prisão em flagrante da parte autuada IGOR SCAVACINI MIRANDA DA CONCEICAO, portador do RG n. 49985607 SSP/SP, filho de Julio Cezar da Conceicao e Lidiane Scavacini Miranda, e ALEXANDRE SOUZA SILVA, portador do RG n. 43154203 SSP/SP, filho de Ivanildo Lemes da Silva e Maria Regina De Souza, com fundamento nos arts. 310, II, e 312 do CPP, em preventiva." (fls. 197-198).

A análise da decisão transcrita, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, **em relação ao ora paciente** - preso em flagrante com 20,9 g de cocaína -, uma vez que os fundamentos que dão suporte a sua prisão cautelar 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.

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

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a

presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. O decreto de prisão preventiva não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente, limitando-se a fazer referência à presença dos requisitos previstos no Código de Ritos, sem ressaltar, contudo, qualquer aspecto relevante da suposta conduta perpetrada pelo paciente que demonstre o efetivo risco à ordem pública, à instrução criminal e à futura aplicação da lei penal.

4. Afirmações genéricas e abstratas a respeito da periculosidade do crime não são bastantes para justificar a custódia preventiva. A quantidade da droga (4,54g de cocaína e 11g de crack), no caso, também não justifica, por si só, o encarceramento preventivo, devendo prevalecer, no momento, as circunstâncias favoráveis, em especial, o fato de ser primário, detentor de bons antecedentes e com residência fixa.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar o decreto prisional de PAULO HENRIQUE SOUZA DOS SANTOS, nos autos da Ação Penal n. 15001496-20.2018.8.26.0079, ressalvada prisão por outro motivo ou decisão superveniente motivada, bem como a possibilidade de o Juízo processante aplicar as medidas cautelares que considerar imprescindíveis" (HC n. 488.416/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 22/04/2019, grifei).

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR RELATOR QUE INDEFERIU PEDIDO LIMINAR NA ORIGEM. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO NA CORTE DE ORIGEM. PREJUDICIALIDADE. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. WRIT PREJUDICADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A superveniência de julgamento do mérito pelo Tribunal estadual prejudica a análise das teses constantes de

habeas corpus que se insurgia contra o indeferimento do pedido liminar na origem. No caso, contudo, há ilegalidade flagrante a ser reparada de ofício por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte Superior não admite que a prisão preventiva seja amparada na mera gravidade abstrata do delito, por entender que elementos inerentes aos tipos penais, apartados daquilo que se extrai da concretude dos casos, não conduzem a um juízo adequado acerca da periculosidade do agente.

5. Quanto ao tráfico de drogas, fundamentos vagos, aproveitáveis em qualquer outro processo, como o de que se trata de crime que atenta contra a saúde da população e é origem de crimes violentos, não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, porque nada dizem acerca da real periculosidade do agente.

6. A quantidade de entorpecentes apreendida, quando não se mostra exacerbada nos termos da jurisprudência desta Corte Superior (o Paciente foi surpreendido com 3g de cocaína e 9g de maconha), não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis.

7. Habeas corpus prejudicado. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso; sem prejuízo da fixação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo processante ou de nova decretação de prisão provisória, em caso de fato novo a demonstrar a necessidade da segregação" (HC n. 477.004/PR, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 03/04/2019, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO SE MOSTRA ELEVADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PRIMARIEDADE DO ACUSADO. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a

análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

3. Não obstante as instâncias ordinárias tenham feito menção a elementos concretos do caso, indicando a necessidade de se garantir a ordem pública, verifica-se que a quantidade de droga apreendida - 4g de cocaína e 59,4g de maconha - não se mostra exacerbada, o que permite concluir que a potencialidade lesiva da conduta imputada ao paciente não pode ser tida como das mais elevadas. Tais elementos, somados às circunstâncias do delito, que não ultrapassam a normalidade do tipo penal, sendo o réu, a princípio, primário e com bons antecedentes, indicam a prescindibilidade da prisão preventiva e a suficiência das medidas cautelares menos gravosas.

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau" (HC n. 494.247/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 22/04/2019, grifei).*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. A decisão que convolou a prisão em flagrante em custódia preventiva limitou-se a indicar, de modo genérico, a presença dos vetores contidos na lei de regência, a hediondez e

a gravidade abstrata do delito em tese perpetrado.

3. A análise das circunstâncias fáticas descrita na denúncia permite concluir que a quantidade de drogas apreendidas (menos de 3 g de cocaína e de 30 g de maconha) não é elevada a ponto de, isoladamente, evidenciar acentuada reprovabilidade na conduta do réu.

4. Ordem concedida para tornar sem efeito a decisão que impôs a prisão preventiva ao paciente, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP" (HC n. 488.249/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 26/03/2019).

Na mesma linha, os seguintes precedentes: HC n. 495.390/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15/04/2019; HC n. 454.404/SP, Sexta Turma, Rel.^a. Min.^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 03/09/2018; HC n. 496.932/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 26/03/2019; HC n. 449127/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 05/11/2018; HC n. 482.115/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro dantas, DJe de 26/02/2019.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Contudo, **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, **devendo ser impostas, a critério do juízo de primeiro grau, medidas cautelares diversas da prisão**, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator