HABEAS CORPUS Nº 500.691 - SP (2019/0085222-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	FLAVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA
ADVOGADO	:	FLÁVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA - SP0179070
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WESLEY ATILIO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de WESLEY ATILIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no HC n. 2041190-45.2019.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, nos autos da ação penal a que responde pela prática, em tese, do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de ausência de fundamentação idônea para justificar o decreto da custódia cautelar do paciente, porquanto a medida estaria baseada na gravidade abstrata do delito, em tese, cometido, reputando ausentes os requisitos autorizadores da preventiva, insculpidos no art. 312 do CPP.

Aduz que não teria sido demonstrado, com base em elementos concretos, como a liberdade do acusado poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, em manifesta violação ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Acrescenta, outrossim, que o acusado é primário, possui bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, predicados que lhes autorizariam a responder ao processo em liberdade.

Afirma que não teria sido demonstrado, com base em elementos concretos, como a liberdade do réu poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Defende, outrossim, que seria desproporcional a manutenção da segregação antecipada, uma vez que haveria possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, e consequentemente de fixação de regime inicial menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requereu, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura, ou, subsidiariamente, a substituição do cárcere por medidas cautelares mais brandas (art. 319 do CPP).

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para revogar a preventiva.

É o relatório.

Inicialmente, deve-se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a" da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado

por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c" da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 9-11-2018**, convertida a segregação em preventiva, e findou denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, juntamente com o corréu, foi surpreendido mantendo em depósito, para fins de comercialização, 34,49 g de cocaína.

Quanto aos fatos, consta na denúncia o seguinte:

> *"Os policiais civis Douglas Lima Fidalgo (fls. 02) e Gustavo Forte Monteiro (fls. 03), na data citada, estavam realizando campana em locais costumeiramente conhecidos como pontos de venda de entorpecentes. Na hora e endereço supramencionados, estavam em frente à chácara onde se deram os fatos e visualizaram quando o usuário LUÍS ANTÔNIO PORTO ARAÚJO se dirigiu até a entrada da mencionada chácara, e ali se encontrou com os indiciados VANDERLEI CAETANO DOS SANTOS e **WESLEY ATÍLIO**. Eles observaram então, que **WESLEY**, entregou algo a LUÍS, e dele recebeu algo em troca.*
>
> *Diante da característica movimentação do tráfico, resolveram abordá-los. O indiciado VANDERLEI, ao perceber a chegada dos policiais, tentou evadir-se do local, mas foi contido por eles.*
>
> *No momento em que era abordado, o indiciado VANDERLEI dispensou no chão um saco plástico contendo 35 microtubos plásticos com cocaína em seu interior. **WESLEY**, por sua vez, no momento em que visualizou a abordagem de seu comparsa, dispensou, também no chão, 02 microtubos contendo cocaína.*
>
> *O usuário LUÍS evadiu-se, mas foi encontrado poucos minutos depois dentro de um galinheiro da chácara. Com ele foram encontrados 04 microtubos de cocaína, confessando aos policiais ter adquirido dos indiciado **WESLEY** e VANDERLEI. O indiciado **WESLEY**, ouvido na delegacia, negou a propriedade da droga e a prática de comércio de venda de entorpecentes. VANDERLEI, por sua vez, disse que iria exercer seu direito constitucionalmente assegurado de manifestar-se apenas*

em juízo" (e-STJ fls. 37-38).

No dia **9-11-2018,** em audiência de custódia, o Togado singular homologou a prisão em flagrante e a converteu em preventiva, considerando que: *"Em que pese o indiciado ser, em tese, primário (fl. 63), verifica-se que o mesmo foi visto pelos policiais vendendo a droga para o usuário Luiz Antônio, o que foi corroborado pelo usuário em seu depoimento (fl. 04). Ademais, durante a sua abordagem, o indiciado dispensou 02 microtubos com cocaína no chão"*, motivo pelo qual, entendeu que *"há necessidade de manter a custódia dos indiciados, por ora, a fim de se evitar a reiteração na prática delitiva"* (e-STJ fl. 67).

Na ocasião, o Togado ressaltou que *"a mera existência de qualidades subjetivas supostamente favoráveis aos indiciados não induz direito à liberdade provisória, quando presentes os requisitos legais da custódia"* (e-STJ fl. 67).

Mencionou ainda, que *"a prisão dos indiciados justifica-se, principalmente, pelo risco da reiteração da conduta criminosa, de maneira que a garantia da ordem pública funciona como arrimo para a custódia. Portanto presentes o "fumus comissi delicti" e o "periculum libertatis"* (e-STJ fl. 67).

Por fim, concluiu, que *"as medidas cautelares não se mostram adequadas à gravidade concreta do crime de tráfico de entorpecentes, não preenchido o requisito do artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal"* (e-STJ fl. 68).

Em seguida, formulado pedido de revogação da cautelar imposta, tem-se que o pleito foi indeferido pelo Juízo de origem, que entendeu permanecerem presentes os requisitos identificados no decreto constritivo originário.

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, denegou a ordem visada, consignando que *"as circunstâncias concretas do fato delituoso indicam o grau de periculosidade e de insensibilidade moral da parte suplicante e justificam a prisão cautelar, para o resguardo da ordem pública e para garantir a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, nos termos autorizados pelo artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal"* (e-STJ fls. 96).

Na oportunidade, o Órgão Colegiado salientou que *"A respeitável decisão aqui impugnada encontra-se suficientemente fundamentada, ainda que de maneira concisa, dela se podendo extrair as razões de convencimento que levaram à conclusão adotada, em face da presença dos requisitos e pressupostos da prisão preventiva, com evidenciação da prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria (vide fls. 62/66)"* (e-STJ fl. 97).

Assinalou que *"a hediondez do crime objeto desta impetração, o modo e as circunstâncias com que foi perpetrado, cuja gravidade se revela essencialmente aguda e deve ser sopesada na hipótese (CPP, art. 282, II), máxime se considerar a natureza da droga apreendida (cocaína)"* (e-STJ fl. 97).

Asseverou que *"assentada a imperatividade da custódia cautelar, que basta para sua manutenção, prescindível se mostra qualquer digressão a respeito do descabimento de medidas restritivas alternativas à prisão, que nitidamente se mostram inadequadas e insuficientes"* (e-STJ fl. 98).

Por derradeiro, *asseverou que em se tratando de crime grave, nem mesmo a alegação de ser primário, não registrar antecedentes criminais, possuir residência fixa, ocupação lícita ou, ainda, militar em seu favor o princípio da presunção de inocência, tem o condão de conferir, por si só, o direito de responder o processo em*

liberdade" (e-STJ fl. 98).

Delineado o contexto processual, passa-se à análise dos fundamentos invocados neste *mandamus.*

Quanto à suposta falta de fundamentação idônea a respaldar a preventiva, na espécie, da leitura das decisões apontadas, verifica-se que as instâncias ordinárias utilizaram-se da gravidade genérica do delito em tese cometido - tráfico de drogas -, para embasar a custódia do acusado, argumento que, por si só, não justifica a segregação antecipada.

É que para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, possa subsistir, devem estar presentes não apenas as hipóteses do artigo 312 da Lei Penal Adjetiva, devendo o togado, ao determinar sua imposição, que indicar os elementos concretos que levaram ao reconhecimento dos requisitos e dos pressupostos legais para a ordenação e manutenção do sequestro corporal.

E, na hipótese, observa-se que, quando decretação da custódia processual, o Togado singular limitou-se a mencionar a gravidade abstrata do delito denunciado, reproduzindo as hipóteses autorizadoras da preventiva elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 65/69).

Portanto, nota-se que, na justificativa do encarceramento antecipado, o julgador apenas fez menção à literalidade dos pressupostos insertos no artigo 312 da Lei Processual Penal, sem apontar os fatos concretos em tese praticado pelo acusado, que indicariam a necessidade efetiva de sua custódia.

Assim, à luz das hipóteses listadas, não poderia o impetrado manter a prisão sem, com isso, incidir em coação ilegal, reparável através da via eleita.

Com efeito, em casos análogos, esta Corte Superior tem entendido não ser idônea a manutenção da segregação cautelar calcada em decisão com motivação abstrata, como a que ora se examina, por se tratar de constrangimento ilegal ao qual a paciente não pode ser submetida, ainda que o delito que lhe seja imputado revista-se de caráter grave.

A propósito, o seguinte precedente:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.*
> ***1. O Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do recorrente, com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, não observou o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade do entorpecente apreendido (2,03 gramas de cocaína) autorizam o decreto cautelar.***
> *2. Recurso ordinário em habeas corpus provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.*
> *(RHC 54.713/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 16/11/2015 - grifamos)*
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.*

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[…]

2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da 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 artigo 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 lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime. Precedentes do STF e STJ.

3. Novos fundamentos agregados pelo Tribunal de origem não servem para justificar a manutenção da prisão preventiva. Precedentes do STF e STJ.

4. No caso, a decisão singular não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade da paciente. Além disso, o Tribunal impetrado, ao manter o decreto prisional, agregou, indevidamente, novos fundamentos, estando caracterizado, assim, o constrangimento ilegal.

Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva da paciente, sem prejuízo de que outra decisão seja proferida de forma fundamentada.

(HC 339.430/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. LIMINAR DEFERIDA.

1. Diz a nossa jurisprudência que toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade, e não em meras suposições ou conjecturas.

2. Não é suficiente, evidentemente, a reportação, pura e simples, a conjecturas a respeito da generalidade do crime, sem elemento concreto. Se assim fosse, a prisão provisória passaria a ter caráter de prisão obrigatória, e não é esse o seu caráter.

3. Na hipótese dos autos, não foram apontados elementos concretos aptos a demonstrar a necessidade da prisão cautelar. A custódia foi decretada apenas com base na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas.

4. O Juízo de origem se utilizou, para determinar a prisão de um cidadão, de um modelo de decisão padrão em que não há nem

> *identificação do sexo nem da quantidade de acusados, quanto mais referência a dados concretos sobre os fatos então apreciados. Tal 'preguiça' revela, por si só, a natureza geral e abstrata da decisão aqui cassada, o que agride o entendimento mais do que consolidado em nossos tribunais superiores de que a prisão deve decorrer de decisão concretamente fundamentada.*
> *5. Ordem concedida, confirmando-se a liminar.*
> *(HC 327.385/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 05/11/2015 -grifamos)*

Ademais, a Lei 12.403/2011, que alterou substancialmente o sistema das prisões no Código de Processo Penal, prevê de forma expressa o principio da proporcionalidade, composto por dois outros, quais sejam: adequação e necessidade, de modo que a prisão preventiva, espécie de medida cautelar, passou a ser exceção na sistemática processual, dando, o quanto possível, promoção efetiva ao princípio constitucional da não-culpabilidade, de forma que, possível a aplicação de outras medidas cautelares, a prisão deverá sempre ser evitada.

Dessa forma, não demonstrada a presença do *periculum libertatis*, com base em elementos concretos, mostra-se indevida a prisão, última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social, após a edição e entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

De fato, a referida lei, em seu artigo 282, § 6º, dispõe que "*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*", devendo a custódia ser decretada somente em último caso, quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente.

A propósito é a lição de Eugenio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, em comentários ao artigo 282 do Código de Processo Penal:

> *"A nova legislação que, no ponto, se alinha ao modelo português e ao italiano, prevê diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida, em dupla perspectiva, a saber, (a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios e modo de execução), e, ainda as condições pessoais do agente; e (b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e circunstâncias concretas que possam justificar a segregação provisória.*
> *(Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541)"*

De se destacar que, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, **condições pessoais favoráveis merecem ser devidamente valoradas, quando**

demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem, como ocorre na espécie.

Nesse contexto, apresentando-se tais medidas como mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, **diante das particularidades do caso concreto**, mostra-se adequada e suficiente a imposição das medidas alternativas à segregação previstas nos incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades), IV (proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução) e V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos), todos do artigo 319 da Lei Penal Adjetiva.

Merece registro, por fim, que o descumprimento das condições aqui impostas poderá gerar nova decretação da prisão preventiva, de acordo com o previsto no art. 282, § 4º, do CPP.

Diante do exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus* substitutivo, **concedendo, contudo, a ordem de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para substituir a prisão preventiva da paciente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

Publique-se e intimem-se.

Após ciência do Ministério Público Federal e o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO **JORGE MUSSI**
Relator