HABEAS CORPUS Nº 486.458 - SP (2018/0345455-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	MARCELO PASSIANI
ADVOGADO	:	MARCELO PASSIANI - SP237206
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANIEL PRUDENTE DOS SANTOS PEREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de DANIEL PRUDENTE DOS SANTOS PEREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2234768-07.2018.8.26.0000 para manter a segregação cautelar do paciente decretada nos autos da ação penal em que responde pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/2006.

Sustenta o impetrante, inicialmente, a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que o paciente estaria preso desde 31/12/2017, não tendo sido designada audiência de instrução e julgamento, o que configuraria flagrante excesso de prazo para a formação da culpa.

Aduz que o Tribunal de origem já teria concedido liberdade a vários dos demais envolvidos pela morosidade no trâmite processual.

Defende, por outro lado, que *"todo o enredo narrado, mesmo diante da ausência de qualquer elemento probatório, salvo a degravação destacada na denúncia, ora mero indício, não serve a identificar razão de aprisionamento do paciente"* (e-STJ fl 10).

Pondera, assim, que não haveria fundamentação concreta para justificar o decreto da custódia cautelar do paciente, uma vez que *"a decretação se embasou não nos argumentos dos elementos trazidos aos autos, mas pela vida pregressa do paciente"* (e-STJ fl. 13).

Requer, por fim, a concessão de liberdade ao paciente, expedindo-se alvará de soltura.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas pelo Tribunal de origem, às e-STJ fls. 138-139, noticiam que o ora paciente encontra-se custodiado na Penitenciária Lavinia III, com entrada aos 29 de novembro de 2018.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Preliminarmente, impende frisar que o Supremo Tribunal Federal, no bojo do *HC* n. 109.956/PR, colimando dar efetividade às normas previstas no art. 102, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante àquela Corte, em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento chancelado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, a presente impetração, ao se insurgir contra acórdão exarado pelo Tribunal local, denegatório da ordem pleiteada em anterior remédio heroico, afigura-se incabível, pois manejado perante este Sodalício de forma originária, sem qualquer

subsunção às hipóteses autorizadoras elencadas no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição Federal. Logo, não comporta conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na exordial será analisado, apenas *ad cautelam*, a fim de se verificar a existência de eventual flagrante ilegalidade a justificar a atuação desta Corte Superior de Justiça *ex officio*.

Compulsando os elementos carreados autos, infere-se que o paciente foi denunciado, em 24/2/2017, pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/2006, porque, em data anterior a 22/12/2016, teria se associado a outros sete corréus para o fim de praticar o delito de tráfico de drogas.

Consta da inicial acusatória que o acusado, no dia 22/12/2016, concorreu para que a corré EDNEIA DA SILVA SOARES transportasse e trouxesse consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 112,56 g (cento e doze gramas e cinquenta e seis centigramas) de cocaína e 52,63 g (cinquenta e dois gramas e sessenta e três centigramas) de maconha.

Verifica-se que, em **24/2/2017,** o Juízo singular decretou a prisão preventiva do paciente, a bem da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal e a credibilidade da justiça, vulnerada diante da gravidade em abstrato dos crimes e pelo fato de o acusado não residir no distrito da culpa, concluindo pela inadequação de medidas cautelares alternativas.

O acusado foi preso somente em **31/12/2017.**

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, afirmando que foi *"apreendida significativa quantidade de entorpecente - 112,56g de cocaína e 52,63g de maconha"*, o que afasta inclusive, *"a substituição da prisão pelas medidas cautelares, ao menos por ora, mostra se viável"* (e-STJ fl. 111).

Ainda, a Corte bandeirante rechaçou o aventado excesso de prazo e a possibilidade de extensão do benefício de liberdade provisória concedido aos demais corréus, sobretudo ao considerar que o acusado *"ostenta envolvimento criminal anterior"* e *"encontrava-se egresso do sistema carcerário, desde o dia 16 de janeiro de 2017, em razão do término do cumprimento de pena privativa de liberdade"* (e-STJ fl. 113).

Por fim, ponderou-se no acórdão impugnado que não havia omissão ou desídia por parte da autoridade impetrada, uma vez que se trata de *"ação penal em que, denunciadas oito pessoas, detidas em locais diversos, se fez necessária expedição de cartas precatórias, para citação dos acusados, defendidos por vários advogados, sem contar a necessidade de intimação de um dos acusados, para indicação de defensor, se o caso"* (e-STJ fl. 113).

Pois bem.

Delineado o contexto fático processual, cumpre ressaltar, *ab initio*, que a doutrina tem orientado e esta Corte Superior decidido que os prazos indicados na legislação pátria para finalização dos atos processuais servem apenas como parâmetro geral, não se podendo deduzir o excesso tão somente pela sua soma aritmética, admitindo-se, em homenagem ao princípio da razoabilidade, certa variação, de acordo com as peculiaridades de cada processo, devendo o constrangimento ser reconhecido como ilegal somente quando o retardo ou a delonga sejam injustificados e possam ser atribuídos ao Judiciário.

No caso, trata-se de ação penal onde se apura a ocorrência de crimes dotados de especial gravidade - tráfico de entorpecentes e associação ao tráfico -, praticados por pelo menos 8 (oito) réus, presos ou residindo em comarcas diferentes do

distrito da culpa.

Segundo informações colhidas na página eletrônica do Tribunal de origem, a denúncia foi oferecida em **23/2/2017;** a prisão preventiva do paciente foi decretada no dia seguinte, com cumprimento do mandado de prisão apenas 10 (dez) meses depois, em **31/12/2017.** A defesa apresentou resposta à acusação em **17/1/2018**.

Houve necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva das partes. Foram prestadas informações às instâncias superiores. Com a renúncia do mandado, aguarda-se a substituição pelo paciente.

Desse modo, ainda que, isoladamente, algum dos atos judiciais possa eventualmente ter tido solução retardada, forçoso reconhecer que **o conjunto dos atos praticados denotam a regular tramitação do feito**, não havendo notícias recentes de que esteja ocorrendo morosidade ou retardo excessivo na implementação das fases processuais, tampouco desídia ou inércia na prestação jurisdicional.

Nesse norte:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA A ENTEADA E CRIME DE AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. RÉU QUE PERMANECEU FORAGIDO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> *2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.*
>
> *3. A prisão preventiva está adequadamente motivada para garantia da ordem pública e com base em elementos concretos extraídos dos autos que evidenciam a gravidade da conduta criminosa, tendo em vista que o paciente, em decorrência da relação familiar, por diversas vezes, cometeu abusos sexuais contra sua enteada, dos 8 aos 11 anos de idade. Além do mais, o paciente ameaçou de morte a mãe da vítima, sua ex-mulher, em decorrência da denúncia dos fatos às autoridades.*
>
> *4. O excesso de prazo não pode ser estimado de modo meramente aritmético, devendo ser considerado em razão das peculiaridades de cada caso. 5. Para ser considerado injustificado o excesso na custódia cautelar, deve a demora ser de responsabilidade da acusação ou do Poder Judiciário, situação em que o constrangimento ilegal pode ensejar o relaxamento da segregação antecipada.*
>
> *6. Não se verifica, no caso dos autos, ilegal mora processual atribuível ao Poder Judiciário ou aos órgãos encarregados da persecução penal. O feito tramita de maneira regular e conforme a sua complexidade, a*

> *considerar que, além de ter permanecido foragido por mais de um ano desde a decretação da prisão preventiva, o Ministério Público postulou pela ouvida de mais duas testemunhas, tendo sido necessário, ainda, a expedição de carta precatória para ouvida da própria vítima.*
> *7. Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 474.621/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

Noutro giro, sobre as razões que ensejaram a segregação *ante tempus*, tem-se que assiste razão em parte ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.

As prisões cautelares materializam-se como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso concreto deve vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático probatório apreciado, sendo inadmissível sem a existência de razão sólida e individualizada a motivá-la, especialmente com a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, em que a prisão deve ser empregada como última medida para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

E, no caso, dos documentos acostados aos autos, verifica-se que foi decretada a prisão preventiva do acusado em **24/2/2017** e sua custódia vem sendo mantida desde aquela data sob o pretexto da necessidade se preservar a ordem pública - considerada violada em razão da gravidade do crime praticado -, a aplicação da lei penal e a credibilidade da justiça, não se apontando, todavia, elementos concretos que evidenciam o suposto risco que a liberdade do réu pode oferecer, ou seja, não tendo sido demonstrado, portanto, a presença dos requisitos autorizadores da preventiva, insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

De fato, o decreto preventivo, de forma suscita, apenas destacou que, *"diante da gravidade dos crimes (tráfico e associação ao tráfico de drogas), necessária a segregação para garantia da ordem pública, aplicação da lei penal (não reside no distrito da culpa) e credibilidade da justiça - fundamento da prisão preventiva (art. 312, CPP)"* (e-STJ fl. 157),

Por certo, em casos análogos, esta Corte Superior tem entendido não ser devida a mantença da segregação cautelar calcada em decisão com motivação abstrata, como a que ora se examina, por se tratar de constrangimento ilegal, ainda que o delito imputado revista-se de caráter grave.

Nesse norte, os seguintes precedentes:

> *PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. SENTENÇA PENAL SUPERVENIENTE. FUNDAMENTOS MANTIDOS. NÃO PREJUDICIALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.*
> *1. O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade.*

2. A sentença penal condenatória superveniente que não permite ao réu recorrer em liberdade somente prejudica o exame do recurso ordinário em habeas corpus quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva, o que não ocorreu no caso em apreço.
3. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.
4. Como se vê, não foram apontados dados concretos que justificassem a segregação provisória. ***A magistrada singular utilizou apenas fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e baseou-se em elementos inerentes ao próprio tipo penal, deixando de observar o disposto no art. 312 do CPP.*** *Nem mesmo a quantidade de entorpecente apreendida - 120 gramas de maconha - pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do recorrente, sobretudo quando considerada sua primariedade e seus bons antecedentes.*
5. Recurso provido para revogar a prisão preventiva imposta ao recorrente, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.
(RHC 105.718/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019, grifou-se)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. PRÉVIA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FATO NOVO OU DESCUMPRIMENTO DE CAUTELAR. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. RECURSO PROVIDO.
1. 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 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 motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.
2. ***Ao que se tem dos autos, o decreto prisional, bem como o acórdão que o ratificou não justificaram a imprescindibilidade da medida de segregação e a impossibilidade de substituição por outras medidas cautelares, tendo sido expostos apenas elementos genéricos referentes à gravidade abstrata do delito de associação para o tráfico e à presença dos elementos constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal.***
3. A finalidade específica do cárcere cautelar deve ser a de possibilitar o desenvolvimento válido e regular do processo penal.

> *Vale dizer, somente há de ser decretado quando houver nos autos elementos concretos que indiquem a real possibilidade de obstrução na colheita de provas, ou a real possibilidade de reiteração da prática delitiva, ou quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.*
> *4. Fora concedida a liberdade provisória ao recorrente por ocasião da audiência de instrução e julgamento, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, não havendo qualquer notícia sobre o descumprimento das cautelares ou fato novo que justificasse a nova prisão imposta na sentença condenatória.*
> *5. Diante da ausência de fundamentação idônea, a ordem merece ser concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, as quais deverão ser fixadas ao prudente critério do Juízo local.*
> *6. Recurso ordinário em habeas corpus provido.*
> (RHC 100.115/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018, grifou-se)

Ao seu turno, o Tribunal de origem ratificou a decisão primeva e, ainda, indevidamente, inovou na fundamentação, trazendo à baila a quantidade de drogas apreendida e o histórico criminal do acusado.

Sobre o assunto, o Pretório Excelso já propalou que a "*legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida* ***em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço*** *advindo de julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois* ***a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas 'a posteriori'"*** (HC 95290, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012, grifou-se).

No mesmo flanco:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N.º 10.826/2003.* ***DECRETO PREVENTIVO PAUTADO EM SUPOSIÇÕES. NOVOS FUNDAMENTOS AGREGADOS PELA CORTE LOCAL.*** *ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
> *1. O art. 312 do Código de Processo Penal apresenta como pressupostos da prisão preventiva o periculum libertatis e o fumus commissi delicti, este caracterizado pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; aquele representado pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.*
> *2. Fundamentos vagos, aproveitáveis em qualquer outro processo, não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, porque*

> *nada dizem acerca da real periculosidade do agente, que só pode ser decifrada à luz de elementos concretos constantes dos autos.*
> ***3. Conforme jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "[n]ão é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação" (HC 424.308/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018).***
> *4. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo processante, de maneira fundamentada, ou de nova decretação de prisão provisória, em caso de fato novo a demonstrar a necessidade da segregação.*
> (HC 468.930/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 28/02/2019, grifou-se)

Entrementes, não se pode desprezar as circunstâncias do caso, pois, o paciente é reincidente, possuindo condenações definitivas pela prática de delitos patrimoniais, e a quantidade de drogas apreendidas é considerável - 112,56 g de cocaína e 52,63 g de maconha -, a indicar, em substituição à eivada prisão processual, a necessidade de imposição das medidas cautelares diversas, 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 art. 319 do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante, podendo, ainda, a custódia ser **novamente decretada** em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4º, c.c. art. 316, ambos do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos, desde que devidamente fundamentada.

Por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo, **concedendo-se, contudo, a ordem de ofício,** nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para substituir a prisão cautelar pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do mesmo diploma legal.

Publique-se e intimem-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator