

Superior Tribunal de Justiça

PET no HABEAS CORPUS Nº 521.370 - SP (2019/0204994-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
REQUERENTE : LEANDRO APARECIDO DA SILVA (PRESO)
REQUERENTE : BRUNO RICARDO BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO : JADE YASMINE GARCIA PAIANO - SP341025
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. *PERICULUM LIBERTATIS* NÃO DEMONSTRADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PELA SEXTA TURMA PARA REVOGAR A SEGREGAÇÃO CAUTELAR DOS RÉUS, FUNDADA APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS A EMBASAR A CUSTÓDIA. DECISÃO QUE CONCEDEU A ORDEM NÃO PREJUDICADA. PEDIDO DEFERIDO PARA DETERMINAR O IMEDIATO CUMPRIMENTO DO ALVARÁ DE SOLTURA.

DECISÃO

Trata-se de petição protocolada por LEANDRO APARECIDO DA SILVA e BRUNO RICARDO BARBOSA noticiando que apesar da concessão da ordem no presente *habeas corpus*, o Juízo de primeiro grau não expediu alvará de soltura, porque houve a superveniência de sentença condenatória.

Afirmam que foram condenados à penas incompatíveis com a negativa do apelo em liberdade que, de todo modo, não foi fundamentado. Requerem "*que seja mantida a concessão da ordem para fim de expedir alvará de soltura para aguardar o recurso de apelação em liberdade e fazer-se justiça*" (fl. 187).

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que os Pacientes foram presos em flagrante, no dia 22/02/2019, e denunciados como incurso no art. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, pois "*mantinham em depósito, para fins de fornecimento a terceiros, sem licença da autoridade competente e em desacordo com determinação legal, aproximadamente 139,30 gramas de maconha, divididos em 05 porções*" (fl. 27).

Superior Tribunal de Justiça

Narra a exordial que os Réus são irmãos e estavam associados para a realização do tráfico de entorpecentes na sua residência.

O *habeas corpus* originário, impugnando a decisão que converteu a prisão em flagrante dos Pacientes em preventiva, foi denegado pela Corte *a quo* (fls. 20-26).

Seguiu-se a impetração do presente *writ*, no qual a Defesa sustentou a ausência dos pressupostos para a segregação cautelar dos Pacientes e que há excesso de prazo na formação da culpa.

A ordem foi concedida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da minha relatoria, assim ementado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. PERICULUM LIBERTATIS NÃO DEMONSTRADO. EXCESSO DE PRAZO. TESE PREJUDICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. 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.

2. No caso, as instâncias ordinárias deixaram de consignar as razões pelas quais a soltura dos Réus implicaria risco à ordem pública, nos termos exigidos pelo art. 312, caput, do Código de Processo Penal, sendo certo que a quantidade de drogas apreendida (139,30 gramas de maconha, divididos em 05 porções) não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis dos Pacientes, notadamente diante das condições pessoais favoráveis.

3. Consoante a jurisprudência desta Corte, '[a]inda que não sejam garantidoras do direito à soltura, certo é que as condições pessoais favoráveis, como residência fixa e bons antecedentes, merecem ser valoradas [...]' (HC 440.739/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018).

4. Revogada a custódia cautelar fica prejudicada a impetração no que diz respeito ao excesso de prazo e, de todo modo, a instrução criminal já está encerrada, atraindo o enunciado da Súmula n.º 52 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva dos Pacientes, se por outro motivo não estiverem presos, advertindo-os da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova decretação de prisão provisória, por fato superveniente a demonstrar a necessidade da

Superior Tribunal de Justiça

medida ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada." (julgado em 19/09/2019, DJe 01/10/2019).

O Juiz da 2.^a Vara Criminal de Presidente Prudente/SP, no ofício de fls. 192-193 noticiou que:

"A ação penal objeto da impetração já foi sentenciada por este Juízo aos 29/07/2019 (fls. 324/333) condenando o paciente BRUNO RICARDO BARBOSA, às penas de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 333 dias-multa, no mínimo legal e LEANDRO APARECIDO DA SILVA, às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 250 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 33, 'caput', da lei 11.343/06 e absolvidos quanto à imputação pelo delito tipificado no artigo 35, 'caput', da mesma Lei. nos termos do artigo 386, VII do Código de Processo Penal. Na oportunidade, foi indeferido o direito dos pacientes apelarem em liberdade.

Em função disso, com sentença condenatória proferida contra os pacientes, a presente ordem de Habeas Corpus perdeu o seu objeto."

Ao contrário do que concebe o Magistrado, a superveniência de sentença penal condenatória, na qual se nega ao Acusado o direito de recorrer em liberdade com os **mesmos fundamentos utilizados anteriormente para justificar a prisão preventiva, sem agregar novos, não conduz à prejudicialidade** da ação constitucional de *habeas corpus* ou do recurso ordinário em *habeas corpus* dirigidos contra decisão antecedente de constrição cautelar.

Nesse sentido:

"[...] O advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo quando ao novo título não se agregam novos fundamentos para a manutenção da prisão preventiva, não havendo se falar em prejudicialidade do recurso. [...]" (HC 438.974/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018.)

"[...] 1. Nos casos em que, ao negar ao réu o direito de recorrer em liberdade, o Juízo sentenciante apenas faz remissão aos motivos que embasaram a ordem de prisão preventiva – como na espécie –, não há prejudicialidade no exame dos fundamentos da primeira decisão, porquanto a matéria já foi apreciada sob esse enfoque pela Corte de origem e, por isso mesmo, inexistente supressão de instância. [...]" (HC 445.167/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

Superior Tribunal de Justiça

Com a mesma conclusão, cito julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

"A Segunda Turma desta Corte firmou posição no sentido de que a superveniência de decisão de mérito em que, pelos mesmos fundamentos, resta mantida a tutela cautelar, não acarreta, por si só, a prejudicialidade da impetração formalizada no âmbito do STF." (RHC 144.295, Relator: Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, publicado em 01/03/2018.)

No caso, a sentença condenatória, juntada às fls. 201-209, negou o apelo em liberdade:

"Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e tendo em vista que permanecem os requisitos da prisão cautelar e que justificaram sua manutenção (fls. 66/69). não se justifica sua soltura agora, após a condenação."

Como se vê, o Magistrado *a quo* negou o apelo em liberdade deixando de justificar concreta e adequadamente em que medida a liberdade dos Condenados poderia comprometer a ordem pública ou econômica, ou, ainda, a aplicação da lei penal, bem como a insuficiência das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Ademais, as penas-base foram fixadas no mínimo legal e, na terceira fase da dosimetria da pena, foi reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. Dessa forma, cabível, em tese, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Nesses casos, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em homenagem ao princípio da razoabilidade, entende que a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal. Afinal, o condenado não pode permanecer preso provisoriamente em regime fechado quando, em tese, faz jus ao cumprimento da sanção penal em meio aberto.

Com igual conclusão, cito precedente:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS A EMBASAR A CUSTÓDIA. RECURSO NÃO PREJUDICADO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. APELO EM LIBERDADE. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. O Recorrente foi preso em flagrante, na posse de uma pedra

Superior Tribunal de Justiça

de crack (5g) e condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.363/2006.

2. A sentença penal condenatória que não agrega novo fundamento para manter a prisão preventiva do réu, não conduz à prejudicialidade da ação constitucional de habeas corpus ou do recurso em habeas corpus dirigidos contra decisão antecedente de constrição cautelar.

3. Em que pese a prisão cautelar do Recorrente encontrar fundamento na garantia da ordem pública, uma vez que o Juízo de primeira instância ressaltou a possibilidade concreta de reiteração delitiva, fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da sanção penal, o condenado cumprirá sua pena privativa de liberdade desviado.

4. Por esse motivo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal.

Afinal, o condenado não pode permanecer preso provisoriamente em regime diverso daquele fixado para o cumprimento da sanção penal. E, por óbvio, o cumprimento de sanção penal no regime mais favorável é incompatível com o cárcere preventivo.

5. Recurso ordinário em habeas corpus provido para revogar a custódia preventiva imposta ao Recorrente, assegurando-lhe o direito de apelar em liberdade." (RHC 105.775/RO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 28/03/2019.)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao pedido para determinar o imediato cumprimento do *habeas corpus* que revogou a prisão preventiva dos Réus, assegurando-lhes o direito de apelar em liberdade, advertindo-os da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova decretação de prisão provisória, por fato superveniente a demonstrar a necessidade da medida ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora