

HABEAS CORPUS Nº 540.429 - MG (2019/0312684-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : RICARDO RODRIGUES COURI
ADVOGADO : RICARDO RODRIGUES COURI - MG094930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DIOGO DA SILVA FURTADO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DIOGO DA SILVA FURTADO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem visada no *Writ* n. 1.0000.19.126087-6/000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da medida cautelar inominada em que é investigado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e art. 35 da Lei 11.343/2006.

Sustenta a parte impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a prisão preventiva teria sido ordenada com base na gravidade abstrata do delito, reputando ausentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Afirma que não teria sido demonstrado, concretamente, como a liberdade do paciente poderia colocar em risco a ordem pública, a aplicação da lei penal ou a efetividade da instrução criminal.

Aduz que com o paciente não foi apreendida qualquer porção de substância entorpecente (e-STJ fl.8), particularidade que, aliada às condições pessoais favoráveis - primário, sem antecedentes, com família constituída e endereço fixo (e-STJ fl. 12), demonstram a desproporcionalidade da prisão preventiva e a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares menos gravosas para alcançar a finalidade acautelatória, previstas no art. 319 do CPP.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que fosse revogada a custódia preventiva do paciente, ainda que mediante a incidência de providências cautelares alternativas (art. 319 do CPP).

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas (e-STJ fls. 172-209, 210-218 e 219-226).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 230-237).

É o relatório.

De 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.

Infere-se dos autos que, **no dia 12/09/2019**, o Juízo singular decretou a prisão preventiva do paciente, em decorrência de representação formulada pelo delegado de polícia da comarca de Carangola/MG, pelos seguintes fundamentos:

[...] No presente caso, a materialidade e a autoria dos crimes em referência restaram demonstradas pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 14/18 e pelo exame preliminar de drogas de fls. 24/25, além das provas orais até então colhidas.

Com efeito, do teor do APFD acostado às fls. 14/18, verifica-se que há indícios de que o representado Diogo da Silva Furtado era o proprietário dos entorpecentes apreendidos e comercializados no último dia 10 de setembro, que resultou na prisão de Osmar Dias Millen e de outros dois indivíduos. Por ocasião daquele flagrante, o flagranteado Osmar foi categórico ao afirmar que toda transação ocorria a mando de “Gadiô”, demonstrando, assim, a existência de hierarquia deste em relação aquele. Além disso, é cediço que, em razão da posição hierárquica ocupada pelo investigado na associação criminosa, atrelada à própria natureza do crime de tráfico de drogas, causa grande temor em testemunhas, de modo que, permanecendo solto, poderá influenciar sobremaneira na apuração dos delitos, comprometendo a instrução processual.

Portanto, a meu ver, tenho que essa medida excepcional se torna justificável, haja vista a conduta do representado, que evidencia grande risco para a ordem pública, mormente diante dos diversos registros policiais que o mesmo ostenta, conforme se observa de fls. 35/37 e do REDS de fls. 48/94, o que demonstra ser ele um grande traficante de droga em Carangola e região.

E ainda que a prisão preventiva seja uma medida acautelatória a ser utilizada como última hipótese, em casos excepcionais, como o dos autos, entendo que a garantia da ordem pública deve prevalecer sobre a liberdade individual.

Além disso, os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico possuem penas máximas superiores a 4

(quatro) anos, o que atraí, também, a aplicação do disposto no art. 313, I, do CPP.

[...] Constatase, ante todo esse contexto, a gravidade dos fatos em apuração, além da possibilidade concreta de reiteração criminosa, sendo necessária a custódia preventiva para resguardar a paz social e a segurança violadas pela conduta delitiva perpetrada pelo investigado, sendo certo que estando presentes os pressupostos autorizadores para a manutenção da custódia cautelar, sob os auspícios da garantia da ordem pública, há de ser decretada a prisão preventiva, por força dos citados arts. 312 e 313, do CPP. (e-STJ fls. 115/116)

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, considerando devidamente fundamentado o decreto construtivo originário, denegou a ordem visada, mantendo a prisão processual a bem da ordem pública, destacando que o *"paciente - conhecido no meio policial e alvo constante de denúncias anônimas indicando seu envolvimento no comércio ilícito de entorpecente - teve a prisão preventiva decretada após outros dois coautuados serem presos em flagrante na posse de 1.441,84g (mil quatrocentos e quarenta e um gramas e oitenta e quatro centigramas) de maconha[...]. De mais a mais, como bem asseverado pela autoridade policial (fls.136 – doc. único), as informações colhidas em sede de APFD indicam a participação do ora paciente como “chefe da associação e fornecedor da droga que seria comercializada” (e-STJ fls. 157).*

Acrescentou o Colegiado Estadual, na oportunidade, que *"[...] é pacífico na doutrina e na jurisprudência que as eventuais condições pessoais favoráveis do agente não obstam sua segregação provisória, desde que essa se manifeste necessária nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal" (e-STJ fl. 158).*

Delineado o contexto fático processual, inicialmente, quanto aos fundamentos da prisão preventiva, tem-se que assiste razão ao recorrente, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal por ausência de fundamentação idônea.

Ora, para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, possa subsistir, devem estar presentes não apenas as hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, devendo também o magistrado, ao determinar sua imposição, indicar os elementos concretos que levaram ao reconhecimento dos pressupostos e fundamentos legais para a ordenação do seqüestro corporal.

E, da decisão impugnada, não obstante reste clara a gravidade do evento criminoso, não se infere tenham sido apontados elementos concretos no sentido de demonstrar que, em liberdade, o paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou mesmo a aplicação da lei penal.

Nesse contexto, forçoso reconhecer que as instâncias de origem utilizaram-se da gravidade genérica dos delitos em tese cometidos, para chegar à conclusão de que o ora paciente seria perigoso, isso com base nas próprias condutas criminosas que lhe são imputadas e, assim, justificar a ordenação e manutenção da custódia cautelar, argumentos

que, por si sós, não são hábeis para justificar a segregação antecipada.

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 o cidadão que responde a processo criminal não pode ser submetido, ainda que os delitos que lhes sejam imputados revistam-se de caráter grave.

A propósito, os seguinte precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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. 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, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

3. No caso dos autos, a custódia provisória, com relação ao paciente, foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e em elementos inerentes ao próprio tipo penal. Não foram apontados dados concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade de entorpecente apreendida - 115,25 gramas de maconha - pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e seus bons antecedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

(HC 454.870/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018)

PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA.

1. A prisão processual deve ser decretada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto é instrumento posto a cargo da jurisdição e reclama, antes de tudo, respeito à liberdade. In casu, limita-se o

magistrado a mencionar a gravidade abstrata do delito, sem demonstrar motivação idônea.

2. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva, sem prejuízo de que outras medidas cautelares possam ser aplicadas ou até mesmo novo decreto segregatório seja expedido, desde que fundamentadamente.

(HC 410.726/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 28/11/2017)

Destarte, além de não se ter apontado concretamente em que residiria o *periculum libertatis* exigido para a preventiva, nada há a indicar que, solto, o recorrente irá atentar contra a ordem pública, atrapalhar o bom andamento do processo ou mesmo evitar a aplicação da lei penal.

Não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o paciente, necessário observar que a prisão cautelar é a 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.

Na espécie, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão é suficiente e adequada. Isso porque, não obstante as alegações tecidas a respeito da propriedade da substância apreendida por ocasião do flagrante dos coautuados - questão que não comporta análise em sede de habeas corpus, especificamente com o paciente nenhuma droga foi apreendida, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas, pelo que se mostra indevida a prisão.

Ademais, apesar de ostentar antecedentes criminais em seu desfavor (e-STJ fls. 84/85 e 137/138), **observa-se que o paciente é primário e encontra-se preso desde 13/09/2019 (e-STJ fl.4), ainda não tendo sido oferecida denúncia pelo Ministério Público**, conforme se depreende do andamento processual da medida cautelar inominada n. 0022995-95.2019.8.13.0133, circunstâncias que corroboram a conclusão pela desproporcionalidade de sua manutenção no cárcere preventivamente.

Conforme já foi julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PACIENTES PRIMÁRIOS. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REVOGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo 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 que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Considerando a 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. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a periculosidade dos pacientes e a gravidade concreta do delito, evidenciadas pela quantidade e variedade das drogas apreendidas (26, 1g de maconha e 9g de cocaína), bem como pela possibilidade de reiteração delitiva, tendo em vista que o primeiro paciente (Alex) ostenta 2 passagens pela Vara da Infância e da Juventude pelo cometimento de atos infracionais, e o segundo paciente (Denis) ostenta uma anotação por ato infracional e afirmou na delegacia ter participado de um crime de roubo no ano de 2017.

Numa primeira análise, entendo fundamentada a necessidade da decretação da prisão cautelar, pois, baseadas em elementos concretos, alheios à gravidade abstrata do delito.

No entanto, não se pode desconsiderar a absorção do princípio da proporcionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente pelo direito processual penal. Não obstante tratar-se de um princípio implícito, não estando expressamente previsto no Texto Constitucional, o princípio da proporcionalidade tem servido como instrumento de proteção contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

Nessa toada, entendo que, a pequena quantidade da droga apreendida em posse dos pacientes, aliada à primariedade de ambos, resultará, em caso de condenação, em uma pena branda que, possivelmente, será cumprida em regime aberto, com possibilidade de substituição por restritivas de direito.

Assim, embora não olvide haver fundamentação concreta no decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes do trânsito em julgado, a meu ver, inadequado e desproporcional o encarceramento dos pacientes dada as peculiaridades do caso concreto, motivo pelo qual entendo que deve ser revogada, in casu, sua prisão preventiva.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 434.053/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018 - grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE

DROGAS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDAS CAUTELARES. APLICAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A gravidade do delito, por si só, não enseja a decretação de prisão preventiva, que exige o atendimento aos pressupostos inscritos no art. 312 do CPP, mediante a exposição de motivos concretos a indicar a necessidade da cautela. O registro infracional não poder ser considerado como possibilidade de reiteração delitiva e maus antecedentes.

3. Agente surpreendido na posse de pequena quantidade de droga - 23, 5g (vinte e três gramas e cinco decigramas) de maconha -, a qual não é considerável e apta a colocar em risco a ordem pública.

4. O art. 319 do Código de Processo Penal traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, sempre observando o binômio proporcionalidade e adequação.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, devendo o Juízo de primeiro grau, de maneira fundamentada, verificar se é o caso de se aplicar as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

(HC 346.888/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016 - grifamos)

Com efeito, a Lei 12.403/2011, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispôs que: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".

Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito.

De mais a mais, como tem-se reiteradamente decidido, condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando constatado que as medidas cautelares diversas mostram-se

suficientes em substituição à medida extrema, como ocorre *in casu*.

Deste modo, mister concluir que as circunstâncias do caso - as favoráveis condições pessoais do acusado e a ausência de droga apreendida aliadas à falta de argumento concreto que autorizasse a conclusão pela existência do *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da constrição processual - estão a indicar, **excepcionalmente**, a suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão para alcançar os fins acautelatórios pretendidos.

Nesse contexto, apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das peculiaridades do caso concreto, mostra-se necessária, adequada e suficiente a imposição das 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 CPP.

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, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator