

**HABEAS CORPUS Nº 540.113 - SP (2019/0311283-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ERICK DOMICIANO DIAS (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ERICK DOMICIANO DIAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito nº 0006752-03.2019.8.26.0590, interposto pelo Ministério Público, decretando a prisão preventiva do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

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

Defende 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.

Aduz que a prisão preventiva é exceção no ordenamento jurídico e que a aplicação de medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP seria adequada e suficiente na hipótese dos autos.

Realça as condições pessoais favoráveis do paciente, que seria primário, de bons antecedentes, predicados que lhe garantiriam o direito de responder à ação penal em liberdade.

Destaca que, caso condenado, fará jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de drogas, o que possibilita a substituição por restritiva de direitos, razão pela qual a prisão preventiva do acusado seria mais severa que os efeitos de sua eventual condenação.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente.

É o relatório.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas (e-STJ fls. 60-67 e 70-81).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 83-85).

É o relatório.

Inicialmente, quanto à aventada ilegalidade da prisão preventiva decretada pelo Tribunal de origem em face do paciente, verifica-se presente a competência originária para a análise do pedido.

Esclarecido esse ponto, passa-se ao exame dos argumentos invocados no presente *mandamus*.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que, no dia **22/04/2019**, o paciente foi preso em flagrante, nos autos da ação penal em que responde pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque foi surpreendido trazendo consigo o total de 07 (sete) porções de maconha, 06 (seis) microtubos contendo cocaína e 38 (trinta e oito) pedras de crack (e-STJ fls. 22), tendo a custódia sido convertida em preventiva, sob a seguinte fundamentação, *in verbis*:

*Em cognição sumária, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, bem como da finalidade da traficância. Consta que os policiais militares se encontravam de patrulhamento ostensivo, quando visualizaram um indivíduo de cútis parda, magro, estatura mediana, com uma sacola plástica, o qual ao perceber a aproximação da viatura policial portou-se de maneira suspeita, largando a sacola, tendo sido abordado e encontrado em seu poder a importância de quatorze reais em moedas de dois reais e ao se verificar a sacola, logrou-se encontrar mais nove reais e cinquenta centavos em dinheiro, além de seis microtubos de cocaína, sete porções de maconha e trinta e oito pedras de crack.*

*Questionado a respeito das drogas em seu poder o indiciado confessou que estava realmente vendendo tais drogas a fim de ajudar em casa e que o numerário em seu poder era fruto dessa venda, bem como iria receber ao final do serviço a importância de cinquenta reais. Em que pese as alegações da Defesa, nesta fase devem ser prestigiados os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão do indiciado. Diante dessas circunstâncias infere-se, em princípio e sem adentrar no mérito, que a prisão em flagrante do indiciado foi legítima.*

*[...]*

*No caso, verifica-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo insuficiente a fixação de medidas cautelares alternativas. Trata-se, em tese, de delito doloso cuja pena máxima supera os quatro anos e há provas da materialidade e indícios da autoria. Além disso, a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para*

*assegurar a aplicação da lei penal. [...]*

*É evidente que a quantidade e diversidade de entorpecente encontrada, aliada às circunstâncias da prisão demonstram ser o averiguado portador de personalidade dotada de acentuada periculosidade, além de trazer indícios de seu envolvimento no crime organizado, a afastar, em cognição sumária, o privilégio legal, sobretudo por ter sob sua responsabilidade significativa quantidade de crack, o que não afastaria a necessidade de regime inicial fechada e a prisão cautelar. Além disso, não exerce atividade lícita comprovada, nem trouxe prova de residência fixa, de modo que a chance de fuga é relevante. Embora tecnicamente primário, o averiguado foi surpreendido com quantidade elevada de entorpecentes, sem justificativa plausível para tanto. Ademais, a soltura no presente momento formaria verdadeiro incentivo à impunidade, aumentando consideravelmente a chance de reincidência, para obtenção de lucro fácil na mercancia de entorpecente.(e-STJ fls. 17-20)*

Verifica-se que, no dia **17/06/2019**, em análise do pedido de liberdade provisória, o Togado singular revogou a prisão preventiva do ora paciente, aplicando-lhe as medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I e IV do CPP, além da obrigação de comparecer a todos os atos processuais e manter o Juízo informado acerca do endereço domiciliar, por considerar *"ausentes os requisitos do 312 do CPP, uma vez que a primariedade do réu denota não ser ele um criminoso contumaz, até prova em contrário, o que afasta o requisito de ameaça à Ordem Pública. Ademais, não há nos autos quaisquer indícios de que o réu pretende obstruir a instrução criminal ou esquivar-se à aplicação da lei penal, possuindo, inclusive, residência fixa. De se considerar, ainda, a possibilidade de, in casu, haver a substituição, em tese, de eventual pena privativa de liberdade por pena restritivas de direitos, o que tornaria, desde já, paradoxal a decretação da prisão preventiva"* (e-STJ fl. 25/26).

Inconformado, o Órgão Ministerial interpôs recurso em sentido estrito perante o Tribunal de origem que, na sessão de julgamento, deu provimento ao reclamo para decretar a prisão preventiva do ora paciente, visando garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, consignando que *"se eventual permanência do acusado em liberdade possa dar motivo a novos crimes ou cause repercussão danosa no meio social, mostra-se cabível a manutenção da custódia cautelar, como garantia da ordem pública, constituindo em verdadeira medida de segurança"* (e-STJ fl.46/47).

Ponderou que *"se mostra temerário à sociedade colocar em liberdade provisória um agente que é investigado pela prática de tráfico de entorpecentes"*, pois *"o crime de tráfico de entorpecentes é muito grave porque destrói a vida dos jovens e suas respectivas famílias. O traficante, visando auferir lucro, não se importa com seus*

*semelhantes, preferindo praticar o nefasto comércio a qualquer outra atividade lícita, que não prejudique as pessoas"* (e-STJ fls.47).

Consignou, por fim, não vislumbrar *"pelas provas acostadas aos autos, que seja caso de concessão das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, tendo em vista a gravidade do crime e as circunstâncias do fato, eis que se revelam inadequadas e insuficientes, na espécie"* (e-STJ fl. 47).

Delineado o contexto fático processual, inicialmente, quanto aos fundamentos da prisão preventiva, tem-se que assiste razão ao paciente, 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, das decisões impugnadas, 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 a instância de origem utilizou-se da gravidade genérica dos delitos em tese cometidos, para chegar à conclusão de que o ora recorrente 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 paciente irá atentar contra a ordem pública, atrapalhar o bom andamento do processo ou mesmo evitar a aplicação da lei penal.

Isso principalmente considerando que o paciente foi preso em flagrante com quantidade não expressiva de drogas - 07 (sete) porções de maconha, 06 (seis) microtubos contendo cocaína e 38 (trinta e oito) pedras de *crack*, 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, **última medida a ser ordenada para assegurar o processo e a ordem pública e social, após a edição e entrada em vigor da Lei n.º 12.403/2011.**

De fato, a referida lei, em seu art. 282, § 6º, dispõe que: "*A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319), devendo a preventiva ser decretada somente em último caso,*

quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais dos agentes, **no caso, totalmente favoráveis**.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao art. 282 do CPP:

*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. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541)*

Aliás, o art. 319 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n.º 12.403/2011, traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, quando se mostrem proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem.

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 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, e apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das particularidades do caso em exame, 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.

# *Superior Tribunal de Justiça*

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