



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 486.661 - SP (2018/0346099-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO
ADVOGADO : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALBERT CORREA NUNES (PRESO)
PACIENTE : NELSI FERREIRA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO FATO CRIMINOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvada a existência de flagrante ilegalidade, a autorizar a possibilidade atuação de ofício.

2. Há constrangimento ilegal quando a preventiva encontra-se fundada na gravidade abstrata dos fatos criminosos denunciados, isso com base na própria conduta perpetrada, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese dos autos, mostra-se suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, sobretudo considerando que os pacientes são tecnicamente primários e foram flagrados com pequena quantidade de material tóxico.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a custódia preventiva dos pacientes, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 19 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 486.661 - SP (2018/0346099-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO
ADVOGADO : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALBERT CORREA NUNES (PRESO)
PACIENTE : NELSI FERREIRA JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de Albert Correa Nunes e Nelsi Ferreira Junior contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no HC n. 2253142-71.2018.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes, nos autos da ação penal a que respondem 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 dos pacientes, 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 dos acusados 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 os acusados são primários, possuem bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, predicados que lhes autorizariam a responderem ao processo em liberdade.

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

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva dos pacientes, expedindo-se os competentes alvarás de soltura, ou, subsidiariamente, a substituição do cárcere por medidas cautelares mais brandas (art. 319 do CPP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 486.661 - SP (2018/0346099-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): 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 17-11-2018**, convertida a segregação em preventiva, e findou denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque foram surpreendidos trazendo consigo, *"para fins de tráfico, 65 (sessenta e cinco) porções de cocaína, na forma de pedras de "crack", com peso aproximado de 12,36g"* (e-STJ fls. 72).

Quanto aos fatos, consta na denúncia o seguinte:

Segundo se apurou, na data e local dos fatos, os denunciados traziam consigo as drogas acima mencionadas.

Policiais Militares foram acionados via COPOM, diante da notícia de que quatro indivíduos estariam praticando tráfico de drogas no local supracitado.

Ao chegarem, prontamente avistaram os denunciados no local. NELSI tentou empreender fuga, entretanto, foi contido pelos militares, os quais procederam à busca pessoal e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lograram encontrar as 65 (sessenta e cinco) pedras de "crack", além de R\$ 300,00 (trezentos reais) em dinheiro. Com ALBERT, os policiais encontraram a quantia de R\$142,00 (cento e quarenta e dois reais) em dinheiro. A quantidade de drogas apreendidas, assim como as circunstâncias da prisão e a notícia anterior de prática de tráfico no local, indicam, com segurança, que as drogas eram destinadas ao comércio ilícito. (e-STJ fls. 72-73)

No dia **18-11-2018**, em audiência de custódia, o Togado singular homologou a prisão em flagrante e a converteu em preventiva, considerando que *"a manutenção do acusado no cárcere é medida que se impõe a fim de se garantir a ordem pública, máxime perante a sociedade local e diante da situação atual do País, em que tanto se discute a questão da impunidade, sendo prematura a liberação sem a dissipação dos efeitos da conduta perpetrada"* (e-STJ fl. 32).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, denegou a ordem visada, considerando que *"a r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se fundamentada (fls. 26 a 27), e a sua subsistência não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência"* (e-STJ fl. 30).

Na ocasião, o Órgão Colegiado salientou que *"não se mostra adequada, na hipótese, a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11, uma vez insuficientes para a manutenção da ordem pública, considerada a natureza do delito, de inegável gravidade, dado que, embora praticado sem violência, a raiz desta, quase sempre, tem origem no comércio e consumo de drogas"* (e-STJ fl. 30).

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 dos acusados, argumento que, por si só, não justifica a segregação antecipada.

É que para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, possa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 seqüestro 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. 31/33).

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 praticados pelos acusados, 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 reportagem, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 princípio 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Adjética.

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.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para revogar a custódia preventiva dos pacientes, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319, incisos I, IV e V do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0346099-4

HC 486.661 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15007840920188260571 20180001011298 22531427120188260000

EM MESA

JULGADO: 19/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO
ADVOGADO	: GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALBERT CORREA NUNES (PRESO)
PACIENTE	: NELSI FERREIRA JUNIOR (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.