



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.058 - SP (2017/0048562-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL DE SOUZA SA
ADVOGADO : DANIEL DE SOUZA SÁ - SP329326
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER MARTINS MILLIANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. FURTO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. SEGREGAÇÃO ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS CRIMINOSOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ART. 319 DO CPP. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF, 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, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Há constrangimento ilegal quando a preventiva se encontra baseada na gravidade genérica típica da conduta denunciada, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

3. Mostra-se necessária, devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dadas as circunstâncias do delito.

4. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, 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), 04 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.058 - SP (2017/0048562-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL DE SOUZA SA
ADVOGADO : DANIEL DE SOUZA SÁ - SP329326
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER MARTINS MILLIANO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CLEBER MARTINS MILLIANO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n.º 2231578-07.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente nos autos da ação penal em que foi denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 155, caput, por diversas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de ausência de motivação idônea para a decretação e manutenção da custódia cautelar do paciente, porquanto embasada na gravidade em abstrato do delito em tese cometido, em manifesta violação ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Afirma que não ficou demonstrado de maneira concreta de que forma o acusado, em liberdade, poderá causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do CPP.

Destaca que o paciente é primário, de bons antecedentes criminais, predcados que lhe permitiriam responder ao feito em liberdade.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que fosse permitido ao paciente responder ao processo em liberdade, com a expedição do competente alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas (e-STJ fls. 42 a 45).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela prejudicialidade do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.058 - SP (2017/0048562-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): 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 nos 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 colacionados, infere-se que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 155, *caput*, por diversas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, porque, juntamente com outros dois corréus, subtraiu diversos tambores contendo óleo e lubrificante automotivos, caixas de um litro e galões de óleo, material avaliado em R\$ 331.095,50 e pertencente à empresa onde trabalhava.

Quanto aos fatos, narra a exordial o seguinte:

Segundo se apurou, Cleber trabalhava na empresa vítima e, no ano de 2016, passou a freqüentemente subtrair mercadoria de propriedade de sua empregadora. Para tanto, contratava o serviço de frete de Adivaldo da Silva (pagando a quantia de R\$ 150,00 por transporte), que apanhava os produtos na empresa Total Lubrificantes do Brasil e os descarregava nas lojas dos denunciados Eduardo e Ivan, os quais mantinham sociedade na comercialização de óleos e lubrificantes automotivos. De posse do material (parte dele destinada exclusivamente às concessionárias Nissan e Honda, de, pois, venda proibida),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eduardo e Ivan revendiam a mercadoria a clientes diversos, por preço inferior ao de mercado, já que as transações eram realizadas sem a emissão da documentação legal (nota fiscal) e sem o recolhimento de tributo, já que a Fazenda Pública não era comunicada dos negócios.

Ciente do freqüente desfalque de estoque, representantes da empresa-vítima procuraram pela Polícia Civil que, em diligências, logrou desvendar o esquema. Assim, em 22 de setembro de 2016, investigadores de polícia compareceram na Casa do Óleo Vilela administrada precipuamente por Eduardo, e apreenderam diversas mercadorias produto dos furtos praticados por Cleber, as quais ingressaram no estabelecimento comercial sem a respectiva documentação, suprimindo, em consequência, tributo (vide auto de exibição e apreensão de mercadorias de fls. 38/45).

Na mesma data, investigadores compareceram em uma segunda loja, localizada na região central da Cidade e administrada especialmente por Ivan, onde apreenderam outra parte das mercadorias subtraídas e que eram revendidas sem o devido recolhimento de tributos (vide auto de exibição e apreensão de mercadorias de fls. 38/45).

Os produtos subtraídos e ainda não vendidos, mas expostos à venda estão elencados, como mencionado, no auto de exibição e apreensão de fls. 38/45.

Verifica-se que o Juízo Singular, em 8-11-2016, por ocasião do recebimento da denúncia, acolhendo representação do Órgão Ministerial, decretou a prisão preventiva do paciente, *"em razão dos fortes indícios colhidos à luz da sua confissão em solo policial e dos demais elementos probatórios coligidos nos autos, de que tinha especial participação no esquema criminoso apurado nos autos, demonstrando personalidade corrompida, já que não regateou ante a proposta do réu Eduardo, em absoluto desrespeito à sua empregadora e, até mesmo, aos seus colegas de trabalho, visto que, diante da crise que se abate sobre o país, à vista dos prejuízo causado, não é de se espantar que a empresa possa ter tido que demitir outros funcionários"*.

A Corte Estadual, analisando pedido de *habeas corpus* impetrado antes da prolatação da sentença condenatória, denegou a ordem ao argumento de que *"a decisão impugnada foi suficientemente fundamentada, fazendo expressa referência às circunstâncias concretas do caso, bem como aos indícios de autoria e materialidade do delito"* e que ainda, *"incorporou expressamente os fundamentos de decisão anterior, proferida em 26.9.2016, decretando a prisão preventiva de corréus"* (e-STJ Fls. 26).

Ponderou que *"consta dos autos que o paciente teria subtraído diversos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tambores contendo óleo e lubrificante automotivos, avaliados em R\$ 331.095,50, que seriam destinados à revenda em um estabelecimento comercial de propriedade de outros corréus" e que "não há comprovação de que ele exerça atividade lícita ou possua residência fixa" (e-STJ Fls. 26).

Ressaltou, assim, o órgão colegiado, que *"essas circunstâncias apontam para a efetiva periculosidade do agente e a necessidade de manutenção da custódia cautelar, para garantia da ordem pública e da regular instrução criminal" (e-STJ Fls. 27).*

Salientou, outrossim, que *"a Suprema Corte firmou o entendimento de que primariedade e bons antecedentes não são obstáculos à decretação da prisão preventiva, quando presentes seus pressupostos" (e-STJ Fls. 27).*

Por fim, enfatizou que *"pelas mesmas razões, inviável a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal" (e-STJ Fls. 28).*

Das informações prestadas pelo Juízo Singular às e-STJ Fls. 42 a 45, verifica-se que, em audiência realizada em 15-3-2017, foi proferida sentença julgando parcialmente procedente a ação para, nos termos do aditamento à denúncia procedido por ocasião do ato processual, condenar o paciente à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, mais multa, a ser cumprida em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso II, por diversas vezes, nos termos do art. 71, ambos do Código Penal, oportunidade em que lhe foi vedado o direito de recorrer em liberdade eis que persistiam os fundamentos que ensejaram a prisão processual.

Delineado o contexto fático, no que tange à suposta ilegalidade da custódia antecipada, mister concluir que razão assiste ao paciente, isto porque, dos documentos acostados aos autos, verifica-se que o acusado foi preso cautelarmente em **8-11-2016** e que sua custódia vem sendo mantida desde àquela data sob o pretexto da necessidade se preservar a ordem pública, considerada violada em razão da suposta periculosidade do agente, deduzida a partir da análise de elementos inerentes ao tipo penal violado.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os elementos concretos que levaram ao reconhecimento dos pressupostos e fundamentos legais para a ordenação do seqüestro corporal.

E, das decisões impugnadas, não obstante se trate de crime de médio potencial ofensivo, cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, 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, especialmente levando-se em conta sua condição de não ter respondido ação penal anterior por crime contra integridade física ou contra a vida de outrem.

Nesse contexto, forçoso reconhecer que as instâncias ordinárias utilizaram-se da gravidade genérica do delito em tese cometido, para chegar à conclusão de que o réu seria perigoso, isso com base na própria conduta criminosa que lhe é imputada, e assim, justificar a ordenação e manutenção da sua custódia, argumentos que, por si sós, não são hábeis para motivar 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, levando-se em conta ainda, que o delito que lhe seja imputado não se revista de caráter grave.

A propósito, os seguinte precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE ESTELIONATO. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Em vista da 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 do previsto no art. 319 do CPP.

No caso dos autos, conforme se tem da leitura da sentença condenatória, não foi indicado nenhum motivo concreto a fim de justificar a medida extrema, tendo o Juízo singular se limitado a afirmar genericamente a presença dos requisitos do art. 312 do CPP e a fixação do regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda corporal, o que configura nítido constrangimento ilegal, especialmente diante do fato de o acusado ter respondido ao processo em liberdade.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar, revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau, observada a possibilidade de decretação de nova prisão, devidamente fundamentada, desde que demonstrada concretamente sua necessidade.

(HC 369.665/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017 - grifamos)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PERICULOSIDADE NÃO DEMONSTRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS (PRIMÁRIO). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. 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.

2. **Caso em que a prisão cautelar foi decretada no curso da investigação sem apontar elementos concretos (mencionou aspectos inerentes ao tipo penal incriminador e suposições acerca de conduta futura) a demonstrar a imprescindibilidade da medida.** Precedentes do STF e do STJ.

3. A prisão preventiva somente se justifica na hipótese de impossibilidade que, por instrumento menos gravoso, seja alcançado idêntico resultado acautelatório. (HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, publicado em 28/8/2015).

4. As condições subjetivas favoráveis ao recorrente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, o que não ocorreu na espécie.

5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se dá provimento para revogar a prisão preventiva do recorrente, ressalvada a possibilidade de aplicação de medidas cautelares a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau.

(RHC 62.108/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016 - grifamos)

Destarte, além de não ter se apontado concretamente em que residiria o *periculum libertatis* exigido para a preventiva, nada há a indicar que, solto, o acusado voltará a atentar contra a ordem pública.

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 da agente.

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 nº 12.403/2011, traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão que podem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, quando se mostrem proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem.

Deste modo, mister concluir que as circunstâncias do caso, em especial - a 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, 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, § 4.º c.c. o art. 316 do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos.

Diante do exposto, 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 CPP, para revogar a segregação processual do paciente, mediante a imposição das providências cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, devendo ser expedido o competente alvará de soltura em seu favor, caso não se encontre preso por outro motivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0048562-4

HC 391.058 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 22315780720168260000

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL DE SOUZA SA
ADVOGADO : DANIEL DE SOUZA SÁ - SP329326
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER MARTINS MILLIANO (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.