



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.875 - SP (2017/0034853-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : LUIS ANTONIO GIL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL - SP144478
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FLAVIO FERNANDO DE SOUZA MARQUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA EM RELAÇÃO AO PROVÁVEL RESULTADO FINAL DO PROCESSO. RÉU MENOR DE 21 ANOS DE IDADE E QUE OSTENTA CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DIVERSAS. ART. 319 DO CPP. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF 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. A prisão somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

3. Evidenciado que a manutenção da custódia antecipada do réu é medida mais gravosa que o provável resultado final do processo que a prisão visa acautelar e que a finalidade almejada quando da ordenação da preventiva pode ser atingida com a aplicação de providências cautelares alternativas, presente o constrangimento ilegal apontado na inicial.

4. Observado o binômio proporcionalidade e adequação, infere-se, diante das particularidades do caso concreto, ser devida e suficiente a imposição de medidas cautelares diversas à prisão para garantir a ordem pública, evitando-se a reiteração delitiva.

5. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Brasília (DF), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.875 - SP (2017/0034853-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : LUIS ANTONIO GIL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL - SP144478
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FLAVIO FERNANDO DE SOUZA MARQUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de FLÁVIO FERNANDO DE SOUZA MARQUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no HC n. 2241339-62.2016.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva do paciente, nos autos da ação penal em que foi denunciado pela prática dos delitos tipificados no art. 155, § 4º, incisos I e IV, e art. 155, § 4º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar do paciente, embasada em atos infracionais ocorridos em 2009/2010, portanto, há mais de 6 (seis) anos, contrariando o entendimento desta Corte Superior.

Acrescenta que o paciente é primário, menor de 21 (vinte e um) anos de idade, possui residência fixa no distrito da culpa, família constituída e ocupação lícita, predicados que lhe autorizariam a responder ao processo em liberdade, denotando, ainda, que a manutenção da constrição antecipada seria desproporcional na hipótese dos autos.

Alega que o paciente se encontra preso desde 18-4-2016, e que em razão da não localização do corréu, a instrução criminal não teria se iniciado, a ponto de restar configurado excesso de prazo da custódia cautelar do paciente, ressaltando que a defesa não teria contribuído para a demora na entrega da prestação jurisdicional.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória ao paciente, concedendo-lhe o direito de responder solto a presente ação penal, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela *"concessão da ordem para revogar a prisão preventiva do paciente"* (e-STJ fls. 71-76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.875 - SP (2017/0034853-4)

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 que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante no dia **18-4-2016**, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática dos delitos tipificados no art. 155, § 4º, incisos I e IV, e art. 155, § 4º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal, porque, em comparsaria com o corréu, mediante destruição ou rompimento de obstáculo, adentraram uma residência e subtraíram R\$ 115,00 (cento e quinze reais) em espécie, pertencente a Angela Regina Cristina de Oliveira. Consta ainda, que em seguida, ao avistarem outra residência aberta, teria tentado subtrair 1 (um) aparelho celular, não consumando o delito por circunstancias alheias à sua vontade.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

Apurou-se que, na data dos fatos, que os autores do fato planejaram cometer furto, e por este motivo, resolveram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

invadir a residência ângela Regina Cristina de Oliveira. Com o intuito de praticarem o furto que planejaram, enquanto FLÁVIO permaneceu fora da residência vigiando, LUIZ adentrou na residência, arrombando uma janela. Apurou-se que no momento que o mesmo ia subtrair um computador, FLAVIO gritou, pois estava chegando gente, consequentemente ambos evadiram-se do local apenas com a quantia subtraída de R\$ 115,00 (cento e quinze) reais da residência, pertencente à Ângela. Consta, também, que depois da prática do delito, os autores avistaram uma residência que estava aberta, e decidiram entrar na casa. Apurou-se, que enquanto LUIZ vigiava, FLÁVIO adentrou na casa é quando ingressou na sala, tentou furtar um celular da marca moto X, porém, Carlos Alexandre de Souza estava na mesma sala. Por este motivo, FLAVIO, assustado com a presença da vítima, jogou o celular e saiu correndo, mas Carlos foi atrás do requerido, conseguindo abordá-lo a três quadras de sua residência, sendo preso em flagrante delito como consta na fl.02. Portanto, foi realizado o auto de descrição da casa de Ângela, no qual relata que houve arrombamento da janela para que os autores pudessem efetivar o furto". (e-STJ fls. 23-25).

Verifica-se que, em **20-4-2016**, o Juízo Singular converteu a prisão em flagrante em preventiva, considerando a medida necessária diante das circunstâncias do delito e do *modus operandi* empregado pelo acusado, salientando que "*como argumentado pelo MD Representante do Ministério Público, o investigado respondeu por alguns procedimentos enquanto era adolescente, todos versando sobre furto e furto qualificado, demonstrando ter propensão para a prática deste tipo de delito patrimonial. Portanto, imperiosa a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública*" (e-STJ fls. 22).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, enfatizando que: *O crime revelou-se de especial gravidade em face da notícia de o paciente não ter ocupação lícita e consumir entorpecentes, da audácia de tentar furtar uma segunda casa, mesmo sendo surpreendido na primeira, dos furtos ocorrerem com violação de domicílio habitados e dos antecedentes do paciente, que revelam não ter havido mero deslize de conduta, sim atividade ilícita*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticada como modo de vida", motivos pelos quais, "existe a necessidade da custódia para garantia da ordem pública pois, se colocado em liberdade acusado com esse perfil, há sério risco da conduta ilícita persistir" (e-STJ fl. 18).

Quanto ao alegado excesso de prazo, o Colegiado Estadual, rechaçou a tese, entendendo que: *"Deve ser examinado em conjunto com o fato investigado - levando-se em consideração a periculosidade do réu e a gravidade do delito - e com as especificidades do processo penal do caso concreto - como o procedimento adotado e as dificuldades e incidentes surgidos naquela relação jurídica", asseverando que, "no caso em apreço, trata-se de crime de furtos qualificados a residência. Em outras palavras, a restrição do prazo da prisão processual em hipótese como a dos autos é menos severa que a de infrações mais brandas" (e-STJ fls. 20).*

Concluiu destacando que o processo *"não está paralisado e, segundo informações da autoridade impetrada, os autos estão aguardando a realização da citação por edital do corréu Luiz Eduardo Francisco Quevedo. Assim, o processo não está paralisado, nem esquecida foi a figura do preso" (e-STJ fls. 20).*

Delineado o contexto fático, é possível observar que, na espécie, apesar de justificada a necessidade de adoção de providência cautelar para garantir a ordem pública, fazendo cessar a prática delituosa, tem-se que a manutenção da constrição antecipada do paciente revela-se medida desproporcional em relação a eventual condenação que poderá vir a sofrer na presente ação penal.

Com efeito, não há como se desconsiderar o *princípio da proporcionalidade*, expressamente incorporado na nova ordem processual penal em relação às restrições à liberdade individual, e que remete à exegese de que, mesmo quando justificada, a prisão há que ser proporcional ao resultado final do processo que visa acautelar.

Essa é a lição trazida pela doutrina, que vem orientando no sentido de que: *"Repugna ao senso mediano a decretação de uma medida cautelar cuja execução produza um resultado superior àquele a ser obtido no processo principal", e que "Um dos critérios balizadores da proporcionalidade necessária entre a prisão preventiva e o resultado final do processo (a ser acautelado) repousa precisamente na pena cominada no delito" (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. Eugênio*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer. 6ª ed. rev. e atual. 2014. São Paulo: Atlas, 2012, p. 669).

A propósito é a lição de GUSTAVO BADARÓ, na sua obra *Processo Penal*, RJ: Campus: Elsevier, 2012, de onde se retira que:

Consequência disso é que o juiz não deve se limitar a analisar "prova da existência do crime e indício suficiente da autoria" para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312). Esses critérios são indicadores do denominado fumus comissi delicti, isto é, da probabilidade, baseada em cognição sumária, de que o acusado seja o autor do delito. São elementos necessários, mas insuficientes para a prisão cautelar.

*A análise do "direito hipotético" não deve se limitar à "probabilidade de uma condenação". Há mais a ser considerado nesse juízo prognóstico. O juiz deverá também considerar **a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada**. Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento efetivo que ela visa assegurar.*

Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que seja substituída por pena restritiva de direito, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (sursis), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar.

[...]

*[...]. **A proporcionalidade não deve ser buscada somente tendo em vista a pena cominada ao delito, mas considerando-se a pena que provavelmente será aplicada, ainda que com base em uma cognição sumária.** Em nenhuma hipótese, e por nenhum dos motivos que caracterizam o periculum libertatis, pode-se decretar a prisão preventiva se não há prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. (páginas 718 e 719 - grifos próprios)*

Por outro lado, continuando na lição, arremata o doutrinador que, "em tais situações poderá ser cabível, em tese, mas sempre dependendo da verificação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situações concretas, a imposição de medida cautelar diversa da prisão (CPP, arts. 319 e 320)" (op. cit., p. 744).

No mesmo sentido, da jurisprudência desta Corte Superior sobre o tema, pode-se colacionar o seguinte excerto da ementa do HC 244.825/AM, da relatoria da Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA, julgado em 22-10-2013, em que se afirmou o seguinte:

[...]

II - A imposição de cautelas processuais, inclusive da prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282, do CPP, observando-se, ainda, por força do princípio da homogeneidade, se a constrição tencionada é proporcional ao gravame resultante da provável condenação ulterior.

*III - A prisão preventiva, porquanto residual em relação às demais cautelares, somente poderá ser admitida, em lugar da liberdade provisória combinada, ou não, a medida restritiva de direitos, em face da seguinte conjuntura: a) o caso deve enquadrar-se em uma das hipóteses do art. 313, caput e parágrafo único, do CPP, afastadas as excludentes de ilicitude do art. 314, do mesmo diploma legal, **b) vislumbre-se a probabilidade de condenação final à prisão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado;** c) presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, a imposição de cautela alternativa, ou de uma combinação delas, não satisfaça o binômio necessidade/adequação, ou tenha o Acusado descumprido alguma delas. Precedentes desta Corte.*

[...]

Assim, e levando-se em consideração 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, percebe-se que, apesar de o paciente ter respondido por alguns procedimentos quando era adolescente - **é primário** -, e as circunstâncias do caso autorizam, **excepcionalmente**, a conclusão pela suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, proporcionais, adequadas e suficientes aos fins visados quando da ordenação da preventiva.

Ora, não se pode olvidar que o paciente, que é tecnicamente primário (e-STJ fls. 65-67) e contava com menos de 21 anos à época dos fatos e encontra-se denunciado pelos delitos de furto qualificado e furto qualificado tentado, circunstâncias que, somadas, levam a antever, em sede de cognição sumária, própria da via restrita do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, que a reprimenda resultante de eventual condenação poderá vir a ser descontada em regime mais benéfico do que aquele em que ora se encontra, evidenciando a falta de proporcionalidade da segregação antecipada, bem como a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os objetivos acautelatórios pretendidos.

Nesse contexto, constatado que a prisão processual do paciente é desproporcional ao provável gravame resultante de eventual condenação ulterior e que os fins acautelatórios almejados quando da ordenação da preventiva podem ser alcançados com a aplicação de medidas cautelares diversas, presente o constrangimento ilegal apontado na inicial, devendo, dadas as particularidades do caso concreto, ser revogada a segregação, mediante a imposição das medidas alternativas elencadas nos incisos I, IV e V do art. 319 do CPP, tudo para garantir-se a ordem pública, evitando a perpetuação da conduta delituosa ora incriminada:

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.

Merece registro, que o descumprimento das condições aqui impostas poderá gerar a decretação da prisão preventiva, de acordo com o previsto no art. 282, § 4º, do CPP.

Por derradeiro, mister ressaltar, ainda, que apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão, fica prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar por excesso de prazo na formação da culpa. Nesse sentido, vide o julgado no HC 261.178/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 02/12/2013.

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 prisão preventiva do paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0034853-4

HC 388.875 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000329342016 003293420168260169 2017000040723 2241339620168260000 329342016
3293420168260169

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIS ANTONIO GIL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL - SP144478
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FLAVIO FERNANDO DE SOUZA MARQUES (PRESO)
CORRÉU : LUIZ EDUARDO FRANCISCO QUEVEDO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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.