



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.520 - SP (2013/0292230-8)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : DILSON DA SILVA NOGUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON FLORIANO ROCHA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 155, § 4º, I E IV, C/C ART. 14, II, CP). PRISÃO EM FLAGRANTE, CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETAÇÃO E MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR, SEM DEMONSTRAÇÃO, FUNDAMENTADA E IDÔNEA, DE FATO CONCRETO, JUSTIFICADOR DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MANIFESTA ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Na hipótese, constata-se o constrangimento ilegal, na medida em que a prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva e mantida, para garantia da ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal, com base na gravidade abstrata do delito de tentativa de furto qualificado, pelo concurso de agentes e rompimento de obstáculo, na mera possibilidade de fuga do paciente, não residente no distrito da culpa, sem qualquer indício que revele sua intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, e na alegada falta de prova de atividade lícita – o que restou superado, por decisão posterior –, sem que se tenha apontado qualquer elemento concreto, que evidenciasse a periculosidade do paciente ou a sua intenção de não se sujeitar à aplicação da lei penal, a justificar a necessidade da custódia cautelar, o que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, não se admite. Precedentes do STJ.

VI. Consoante a jurisprudência, o **habeas corpus** é ação destinada a uso exclusivo da defesa, motivo pelo qual não pode o Tribunal inovar, em desfavor do paciente, acrescentando fundamentos não constantes do decreto prisional, no caso, o **modus operandi** empregado na prática do delito de tentativa de furto qualificado, pelo rompimento de obstáculo e concurso de agentes.

VII. **Habeas corpus** não conhecido.

VIII. Concessão da ordem, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para revogar a prisão preventiva do paciente, deferindo-lhe o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, se for o caso, demonstrada sua necessidade, com base em fundamentação concreta, nos termos e para os fins do art. 312 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.520 - SP (2013/0292230-8)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de PETERSON FLORIANO ROCHA, em face da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem ali impetrada (HC 0091689-77.2013.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, juntamente com outro acusado, em 25/03/2013, custódia convertida em prisão preventiva, e denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (fls. 46/48e).

Indeferidos os pedidos de liberdade provisória, a defesa impetrou **Habeas corpus**, perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem (fls. 129/132e).

Neste **writ**, sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, proveniente da ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva e da falta de fundamentação idônea para a manutenção da custódia cautelar.

Alega, ainda, que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis, sendo primário, possuidor de bons antecedentes, emprego lícito e residência fixa.

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que se expeça alvará de soltura, em favor do paciente, revogando-se a prisão preventiva.

O pedido de liminar foi indeferido, a fls. 141/142e.

Foram prestadas as informações, a fls. 149/154e e 157/218e.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador Geral da República, ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS, opinou pela concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus** (fl. 220e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.520 - SP (2013/0292230-8)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Ordinário, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão denegatório de **habeas corpus**, proferido por Tribunal de 2º Grau, quando denegatória a ordem, nos termos do art. 105, II, **a**, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício, o que ora passo a fazer.

Na hipótese vertente, há constrangimento ilegal, passível da concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de **habeas corpus**, de ofício.

Cuida-se de alegação de falta de fundamentação idônea para a decretação e a manutenção da custódia cautelar.

Na espécie, verifica-se dos autos que o paciente foi preso, por força de prisão em flagrante, convertida, posteriormente, em custódia preventiva, com base nos seguintes fundamentos, **in verbis**:

"A prisão em flagrante está em ordem, não existindo motivos para o relaxamento, porque, no dia 25 de março de 2013, os indiciados PETERSON FLORIANO ROCHA e RODRIGO ANGELO CLEMENTE foram surpreendidos, quando do patrulhamento de rotina da polícia militar, em atitude suspeita dentro da Agência do Banco do Brasil, localizada na Rua Capitão Neco, no Centro deste município de Cruzeiro/SP, quando o indiciado Peterson olhava de dentro do banco para a rua como se estivesse dando cobertura ao segundo indiciado Rodrigo que estava no caixa eletrônico da agência bancária, tendo sido surpreendidos, após saírem do banco, com uma nota de R\$ 50,00 em posse de Peterson e em posse de Rodrigo mais R\$22,00 em notas diversas e um cartão em nome de "Rodrigo L. Wazholz", sendo que, posteriormente, os policiais adentraram na agência bancária e lá perceberam que o caixa eletrônico utilizado pelos indiciados estava com a proteção plástica forçada, bem como encontraram no lixo próximo àquele caixa eletrônico um alicate e duas chaves de fenda, que possivelmente teriam sido utilizados para a prática do delito, o que configura, em tese, o crime de tentativa de furto qualificado mediante destruição ou rompimento de obstáculo (CP, art. 155, § 4º, I c/c art. 14, II).

O crime se configura como doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (CPP, 313, 1).

Não há, nos autos, comprovação de que os indiciados tenham ocupação lícita e, além disso, não possuem residência neste município.

Não bastasse isso, devido à gravidade dos fatos, os indiciados também poderão evadir-se do distrito da culpa, com o intuito de se furtarem à eventual aplicação da lei penal, caso venham a ser condenados e responsabilizados criminalmente pelo delito descrito na peça flagrantial.

Esses elementos indicam que a manutenção da custódia cautelar é necessária, pelo menos por ora, para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais (CPP, 282, I).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, **não se vislumbra, ao menos por ora, a possibilidade de substituição por medida cautelar diversa da prisão (CPP, 282, § 5º).**

Assim, presentes pressupostos, requisito (sic) e fundamentos da prisão preventiva, e não se revelando suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, faz-se necessária a conversão da prisão em flagrante em preventiva (CPP, 310, II), principalmente por conveniência da instrução criminal, tendo em vista que os indiciados residem em Joinville - SC e a soltura prematura dos acusados poderia dificultar uma futura citação e, por consequência, ocasionar na suspensão do feito nos termos do art. 366, do CPP.

Ante o exposto, converto a prisão em flagrante de PETERSON FLORIANO ROCHA e RODRIGO ANGELO CLEMENTE em prisão preventiva" (fls. 49/50e).

Formulados pedidos de liberdade provisória, restaram indeferidos, como se verifica:

"Trata-se de pedido de liberdade provisória formulado em favor de Peterson Floriano Rocha.

O pedido não comporta acolhimento, pois não houve, por ora, alteração na situação fático-jurídica que embasou a recentíssima decisão de fls. 18/20 dos autos de Flagrante Delito, não trazendo a defesa fatos novos que pudessem modificar a situação do presente feito, devendo-se consignar que eventuais questões de mérito melhor serão aclaradas com a instrução do feito.

De se registrar, ainda, que as circunstâncias do acusado ser primário, gozar de bons antecedentes, possuir residência fixa e exercer atividade lícita, não são óbices à manutenção de sua custódia cautelar, motivada pela garantia da ordem pública, da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Posto isso, INDEFIRO o pedido formulado" (fl. 71e).

"Trata-se de pedido de revogação de prisão preventiva formulado em favor de **PETERSON FLORIANO ROCHA.**

Conforme asseverado pelo i. Representante do Ministério Público não houve, por ora, alteração na situação fático-jurídica que embasou a decisão de fls. 18/20.

Ademais, o pedido de revogação da prisão preventiva se funda sobre a ausência de responsabilidade penal do acusado, que será devidamente apurada durante a instrução criminal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Posto isso, **INDEFIRO** o pedido de revogação da prisão preventiva do réu" (fl. 75e).

Impetrado **Habeas corpus**, no Tribunal de 2º Grau, foi mantida a prisão preventiva, **in verbis**:

"O paciente foi preso em flagrante e está sendo processado pela suposta prática de tentativa de furto duplamente qualificado, rompimento de obstáculo e concurso de agentes.

Pelas cópias juntadas, verifica-se haver, nos autos, prova da materialidade do delito e indícios de autoria.

Apesar das alegações do impetrante, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente foi muito bem fundamentada, com vistas à conveniência da instrução criminal e à garantia da aplicação da lei penal, além da necessidade de resguardo da ordem pública.

Posteriormente, o pedido de liberdade provisória formulado também foi indeferido de forma fundamentada, com base nos mesmos motivos, inalterada a situação fática.

O ilícito em tela, apesar de não envolver violência ou grave ameaça, é grave e desassossega a sociedade em geral, causando prejuízos a inúmeras pessoas, tudo a indicar a necessidade de manutenção da custódia cautelar do paciente e a insuficiência da aplicação de medidas cautelares alternativas, ainda mais considerando o fato de o paciente ter, em tese, cometido o crime no interior de agência bancária, investindo contra caixa eletrônico, conduta que revela ousadia e periculosidade acentuada e que, de fato, demanda maior rigor na análise da concessão de benefícios, tudo a indicar a necessidade de manutenção de sua custódia cautelar.

Não há, destarte, qualquer constrangimento ilegal a ser afastado.

Por esses motivos, meu voto denega a presente ordem" (fls. 131/132e).

Ressalte-se, de início, que, muito embora a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva tenha feito alusão à inexistência de comprovação de ocupação lícita, pelo paciente, tal fundamento restou, ao que parece, superado por ocasião da apreciação do pedido de liberdade provisória, oportunidade em que o Juízo processante consignou, **in verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) as circunstâncias do acusado ser primário, gozar de bons antecedentes, possuir residência fixa e exercer atividade lícita, não são óbices à manutenção de sua custódia cautelar, motivada pela garantia da ordem pública, da instrução criminal e a aplicação da lei penal" (fl. 71e).

Ademais, o documento de fl. 56e prova que o paciente tem ocupação lícita, trabalhando para a empresa declarante; os documentos de fls. 57e e 54e provam que o paciente tem endereço certo, em Joinville/SC, na residência de sua genitora, mesmo endereço consignado na inicial da impetração (fls. 1e, 54e e 57e); a folha de antecedentes de fls. 54/55e revela que o paciente é primário e de bons antecedentes.

O só fato de o paciente não residir no distrito da culpa – tendo endereço certo, em outra localidade –, não constitui, por si só, fundamento para a decretação da prisão preventiva do paciente, sob pena de encarceramento obrigatório de todos os acusados que não residam no distrito da culpa, mesmo com prova de endereço certo, em outra localidade, e sem qualquer indício de que pretendam evadir-se, furtando-se à aplicação da lei penal, tal como ocorre, **in casu**.

A liberdade do paciente, condicionada à assinatura de termo de compromisso de comparecimento aos atos do processo a que for chamado, sob pena de revogação, resguarda os interesses da Justiça e da aplicação da lei penal.

Cumprido destacar que a mera reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada de fatos concretos, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a decretação da medida restritiva de liberdade impõe sempre a demonstração da efetiva necessidade, com fundamento no caso concreto.

Nesse contexto, conclui-se que a prisão cautelar do paciente foi decretada e mantida, pelo Juízo de 1º Grau, com base na gravidade abstrata do delito de tentativa de furto qualificado, pelo concurso de agentes e rompimento de obstáculo, na mera possibilidade de fuga do paciente, não residente no distrito da culpa, sem qualquer indício que revele pretenda ele furtar-se à aplicação da lei penal, e na alegada falta de prova de atividade lícita – o que restou superado, pela decisão de fl. 71e –, sem que se tenha apontado qualquer elemento concreto, que evidenciasse a periculosidade do paciente ou a sua intenção de não se sujeitar à aplicação da lei penal, a justificar a necessidade da custódia cautelar, o que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, não se admite.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. Consoante o preceituado na Súmula 691/STF, este Tribunal Superior têm entendimento pacificado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator que indefere medida liminar em ação de igual natureza, ajuizada nos Tribunais de segundo grau, salvo hipótese de teratologia ou ilegalidade manifesta.

2. Tal entendimento deve ser mitigado, de forma a possibilitar o conhecimento do writ, quando houver o superveniente julgamento do mérito da impetração originária, sobretudo em razão do princípio da celeridade processual.

3. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

4. Na espécie, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente não indicou sequer um fato concreto apto a justificar a medida extrema, estando fundamentada na gravidade abstrata do delito cometido, o que caracteriza nítido constrangimento ilegal.

5. Novas razões aduzidas pelo Tribunal de origem para justificar a custódia cautelar, por ocasião do julgamento do writ originário, não suprem a falta de fundamentação observada no decreto prisional.

6. Ordem concedida para deferir ao paciente a liberdade provisória, salvo se preso por outro motivo, sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que fundamentada em dados concretos, e da aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal" (STJ, HC 262.775/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 16/05/2013).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

3. **In casu, existe manifesta ilegalidade pois a custódia provisória não se justifica ante a fundamentação inidônea, pautando-se apenas na gravidade genérica do delito, estando ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade" (STJ, HC 254.640/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/04/2013).

Quanto aos demais fundamentos, constantes do acórdão impugnado, consubstanciados no **modus operandi** empregado na prática do delito, não podem ser considerados em desfavor do paciente, porquanto, além de não ter sido indicada, no acórdão, qualquer razão válida, apta a evidenciar a periculosidade concreta da conduta praticada pelo paciente, consistente em tentativa de furto qualificado, pelo rompimento de obstáculo e pelo concurso de agentes – sem violência ou grave ameaça a pessoa, portanto –, foram aqueles fundamentos agregados pelo Tribunal, em sede **habeas corpus**, remédio constitucional do qual nenhum efeito pode advir em prejuízo do paciente.

A propósito:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO FORMAL. **PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO DECRETO.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. In casu, cárcere provisório que não se justifica ante a motivação inidônea.

2. Não é dado ao Tribunal estadual, inovando, agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular.

3. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sob o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que fora chamado, sob pena de renovação da prisão" (STJ, HC 147.404/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 07/12/2009).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. **PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. **TRIBUNAL A QUO. NOVOS FUNDAMENTOS. ILEGALIDADE.** ORDEM CONCEDIDA.

1. A ameaça à ordem pública, como pressuposto que autoriza a prisão preventiva (CPP, art. 312), deve estar demonstrada de forma consistente no decreto prisional, não servindo como fundamento a simples menção à comoção social causada na comunidade, à necessidade de preservar a credibilidade da justiça, tampouco ao juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito.

2. O argumento da necessidade de preservar a idoneidade da prova testemunhal, divorciada de elementos comprobatórios de efetiva ameaça, não é suficiente para justificar a segregação antecipada com fundamento na conveniência da instrução criminal.

3. Não há fundamento idôneo que legitime a necessidade de garantir a aplicação da lei penal.

4. O habeas corpus é ação destinada a uso exclusivo da defesa, motivo pelo qual não pode o Tribunal inovar em desfavor do paciente, acrescentando argumentos não-constantes do decreto prisional.

5. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, determinado-se a imediata expedição de contramandado de prisão, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a sua custódia cautelar, com demonstração inequívoca de sua necessidade" (STJ, HC 126.066/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe de 15/06/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, cumpre salientar que, entre os extremos da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Lei 12.403, de 04 de junho de 2011, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dando nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal. A partir dos critérios de necessidade e adequação, previstos nos arts. 282, I e II, do CPP, e da proporcionalidade da medida, permite-se ao julgador buscar a medida que seja mais adequada, em face da necessidade do caso concreto, identificando qual cautela de restrição da liberdade é suficiente para assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional, sem que se tenha de lançar mão da medida drástica do encarceramento.

Verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que as medidas cautelares, previstas nos arts. 317, 319 e 320 do CPP, não são substitutivas à prisão preventiva, mas alternativas. Substitutivas seriam se, cabível a prisão preventiva, o julgador a substituísse por medidas menos gravosas, diferentemente das alternativas, que significam que, ou se admite a prisão preventiva ou se aceitam as medidas cautelares dos arts. 317, 319 e 320 do CPP, acrescidas pela Lei 12.403/2011.

Nesse contexto, ausentes os requisitos da prisão cautelar, resta a possibilidade de se impor medida cautelar diversa do cárcere, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

O professor Gustavo Henrique Badaró esclarece que "as medidas cautelares previstas no art. 319, bem como a medida cautelar estabelecida no art. 320, são medidas cautelares alternativas à prisão preventiva ou prisão em flagrante delito. Não se trata de medidas cautelares substitutivas da prisão. A diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade" (Medidas Cautelares no Processo Penal, obra coordenada pelo Ministro Og Fernandes, Ed. RT, 2012, p. 210).

Para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão devem ser preenchidos os pressupostos próprios das cautelares, no processo penal, ou seja, o **fumus commissi delicti** (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e o **periculum libertatis** (necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para a instrução criminal e, no caso das cautelares dos incisos II, VI e VII do art. 319 do CPP, necessidade para se evitar a reiteração criminosa). Porém,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diferentemente da prisão preventiva (art. 312 do CPP), elas não estão restritas a parâmetros definidos, exigindo-se, apenas, que as situações sejam menos graves e as medidas restritivas à liberdade de locomoção, em menor grau, sejam adequadas e proporcionais. A nova sistemática das medidas cautelares exige, aliás, que a primeira opção a ser adotada deve ser a das medidas cautelares alternativas à prisão, ficando a medida mais gravosa (prisão) limitada a situações excepcionais (art. 282, § 6º, do CPP).

Desse modo, não conheço do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário. Concedo, porém, a ordem, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para revogar a prisão preventiva do paciente, deferindo-lhe o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, a que for chamado, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, se for o caso, demonstrada sua necessidade, com base em fundamentação concreta, nos termos e para os fins do art. 312 do CPP.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0292230-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 276.520 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024455720138260156 00916897720138260000 1362013 20130000413954
24455720138260156 916897720138260000

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DILSON DA SILVA NOGUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON FLORIANO ROCHA (PRESO)
CORRÉU : RODRIGO ÂNGELO CLEMENTE

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.