

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 95.091 - MS (2018/0037438-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : RAFAEL GOMES DOS REIS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por RAFAEL GOMES DOS REIS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (HC n.º 1413473-68.2017.8.12.0000).

Consta dos autos que o ora recorrente foi preso em flagrante delito, no dia 30.11.2017, em razão da suposta prática do crime descrito no art. 157, § 2º, I e II, e no art. 288, ambos do Código Penal.

Em sede de audiência de custódia foi a prisão flagrancial convolada em preventiva, no que interessa, a teor da seguinte fundamentação (fls. 84/86):

Homologo o auto de prisão em flagrante, uma vez que realizado em atendimento a todos os requisitos legais, a autuação encontra-se baseada na forma prevista em lei (CPP 304 e seguintes), e foram assegurados os direitos constitucionais ao(s) flagrado (s). Amparado na legalidade do presente, entendo que a medida adequada é sua conversão em prisão preventiva. O *fumus commissi delicti* baseia-se em dois pressupostos: a) indícios suficientes de autoria do delito pelo acusado e b) prova da existência do crime. No caso em análise, há indícios suficientes de que o crime realmente ocorreu, e que a autoria do delito foi cometida pelo acusado. Já o *periculum libertatis* é caracterizado pelas hipóteses descritas no art. 312, *caput*, do CPP, sendo elas: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal e d) para assegurar a aplicação da lei penal. O *fumus commissi delicti*, está evidenciado pelo auto de prisão em flagrante, Boletim de Ocorrência n.º 4182/2017, 4498/2017, autos de exibição e apreensão, depoimentos e interrogatórios, que acompanham o APFD, dentre outros, que apontam para aparente tipicidade da conduta do autuado. Nos precisos ensinamentos do Doutor em Direito Processual Penal Aury Lopes Jr, in *Prisões Cautelares*, 2013: "É imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções, ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida." Como no presente caso, vez que devidamente verificado a existência de crime e indícios suficientes de autoria, ou seja, a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, ilícita e culpável, e os documentos acima relatados, e que acompanham o presente APFD, apoiam esta certeza. No que tange ao *periculum libertatis*,

demonstra-se pela gravidade do fato e a suposta participação do autuado, e no que diz respeito ao flagrado GEFERSON ARRUDA DE SOUZA, **RAFAEL GOMES DOS REIS** e SANDRO FERREIRA DA SILVA, constata-se sua periculosidade, já que há informação nos autos do presente APFD que indicam o risco oferecido à ordem pública. A decretação da prisão preventiva, não exige obrigatoriamente a presença concomitante de todos fundamentos do artigo 312 do CPP; Sendo suficiente a presença de um único requisito para que a medida extrema; cautelar seja decretada. Assim, inicialmente verifico que o tipo penal cuja à prática é atribuída ao agente, o crime em questão admite a prisão preventiva. Por outro lado, os elementos que acompanham o APFD, apontam no sentido da presença simultânea de prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria, e por fim, existe o perigo concreto na permanência do flagrado em liberdade. Portanto, é manifesto que a manutenção do agente em liberdade oferta grave risco à ordem pública, daí por que a medida cautelar extrema deve ser adotada, fazendo-se cessar o prejuízo público. De outro lado, assegurar a aplicação da lei penal tem o significado de evitar que o flagrado venha a fugir do distrito da culpa, criando obstáculo ao cumprimento da pena ante eventual condenação. Não havendo informação nos autos de que não tenha vontade de frustrar a aplicação da Lei penal, presume-se, até que se prove contrário, que é necessário o resguardo da aplicação da Lei. Superada a fase de preenchimento dos requisitos, por fim, resta esclarecer, que também estão preenchidas as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, conforme art. 313, do Código de Processo Penal. ANTE O EXPOSTO e, considerando tudo mais que dos autos consta, converto a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA do(s) autuado(s) GEFERSON ARRUDA DE SOUZA, RAFAEL GOMES DOS REIS e SANDRO FERREIRA DA SILVA, acima qualificado (s), com fundamento no artigo 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Inconformada, a Defesa manejou prévio *writ* no qual apontou ilegalidade da conversão da prisão em preventiva ante a ausência do *periculum in mora* e *periculum libertatis*, bem como de fundamentação pautada em elementos concretos relacionados à conduta do agente.

A ordem foi denegada, em acórdão assim sumariado (fl. 125):

HABEAS CORPUS – ROUBO MAJORADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – PRESENÇA DE PRESSUPOSTO DA PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA.

I - Para decretar a prisão preventiva mister se faz a presença do *fumus comissi delicti periculum libertatis*. No caso, a segregação cautelar se justifica para assegurar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta dos delitos em tese praticados pelo paciente e ainda os fortes indícios acerca da possibilidade de reiteração na prática de ilícitos penais. Demonstrada a real possibilidade de reiteração delitativa por parte do agente caso seja colocado em liberdade, deve ser mantida a prisão preventiva (precedentes jurisprudenciais).

Com o parecer, ordem denegada.

Superior Tribunal de Justiça

Daí a presente irresignação, na qual sustenta o recorrente, em suma, que o decreto de prisão preventiva carece de fundamentação idônea, fazendo mera referência à garantia da ordem pública, que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva e que a medida não se mostra imprescindível no caso concreto.

Alega que "Ademais, o Recorrente é um jovem de 22 (vinte e dois) anos, que possui residência fixa (f.15), residindo com sua genitora, não apresentando risco de empreender fuga, portanto, não preenchendo os requisitos para a decretação da prisão preventiva." (fl. 145).

Requer liminarmente a suspensão dos efeitos do acórdão recorrido e, no mérito, o provimento do recurso ordinário com a revogação da prisão preventiva.

O pleito liminar foi indeferido em 22.02.2018.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês de C. Gordilho Aras, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso (fls. 170/176).

Compulsando os assentamentos processuais da Corte de origem apurou-se que o feito aguarda apresentação das alegações finais dos envolvidos.

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 95.091 - MS (2018/0037438-4)
EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO *DECISUM*. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

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.

2. *In casu*, verifica-se que a custódia provisória foi imposta ao recorrente com base na gravidade genérica do crime e na presença de indícios de autoria e materialidade delitiva, não se destacando nenhum elemento do caso concreto que apontasse maior gravame ao bem jurídico tutelado.

3. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.

4. Recurso a que se dá provimento para que o acusado possa aguardar em liberdade seu julgamento, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade, ou de imposição de medidas cautelares alternativas.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do recorrente.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público,

Superior Tribunal de Justiça

de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá fundamentadamente:**

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

(fls. 84/86): *In casu*, a prisão preventiva dos envolvidos foi decretada nos seguintes termos

Homologo o auto de prisão em flagrante, uma vez que realizado em atendimento a todos os requisitos legais, a autuação encontra-se baseada na forma prevista em lei (CPP 304 e seguintes), e foram assegurados os direitos constitucionais ao(s) flagrado (s). Amparado na legalidade do presente, entendo que a medida adequada é sua conversão em prisão preventiva. O *fumus commissi delicti* baseia-se em dois pressupostos: a) indícios suficientes de autoria do delito pelo acusado e b) prova da existência do crime. No caso em análise, há indícios suficientes de que o crime realmente ocorreu, e que a autoria do delito foi cometida pelo acusado. Já o *periculum libertatis* é caracterizado pelas hipóteses descritas no art. 312, *caput*, do CPP, sendo elas: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal e d) para assegurar a aplicação da lei penal. O *fumus commissi delicti*, está evidenciado pelo auto de prisão em flagrante, Boletim de Ocorrência n.º 4182/2017, 4498/2017, autos de exibição e apreensão, depoimentos e interrogatórios, que acompanham o APFD, dentre outros, que apontam para aparente tipicidade da conduta do autuado. Nos precisos ensinamentos do Doutor em Direito Processual Penal Aury Lopes Jr, in *Prisões Cautelares*, 2013: "É imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções, ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida." Como no presente caso, vez que devidamente verificado a existência de crime e indícios suficientes de autoria, ou seja, a conduta supostamente praticada pelo agente é típica,

ilícita e culpável, e os documentos acima relatados, e que acompanham o presente APFD, apoiam esta certeza. No que tange ao *periculum libertatis*, demonstra-se pela gravidade do fato e a suposta participação do autuado, e no que diz respeito ao flagrado GEFERSON ARRUDA DE SOUZA, RAFAEL GOMES DOS REIS e SANDRO FERREIRA DA SILVA, **constata-se sua periculosidade, já que há informação nos autos do presente APFD que indicam o risco oferecido à ordem pública.** A decretação da prisão preventiva, não exige obrigatoriamente a presença concomitante de todos fundamentos do artigo 312 do CPP; Sendo suficiente a presença de um único requisito para que a medida extrema; cautelar seja decretada. Assim, inicialmente verifico que o tipo penal cuja à prática é atribuída ao agente, o crime em questão admite a prisão preventiva. **Por outro lado, os elementos que acompanham o APFD, apontam no sentido da presença simultânea de prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria, e por fim, existe o perigo concreto na permanência do flagrado em liberdade. Portanto, é manifesto que a manutenção do agente em liberdade oferta grave risco à ordem pública, daí por que a medida cautelar extrema deve ser adotada, fazendo-se cessar o prejuízo público. De outro lado, assegurar a aplicação da lei penal tem o significado de evitar que o flagrado venha a fugir do distrito da culpa, criando obstáculo ao cumprimento da pena ante eventual condenação. Não havendo informação nos autos de que não tenha vontade de frustrar a aplicação da Lei penal, presume-se, até que se prove contrário, que é necessário o resguardo da aplicação da Lei.** Superada a fase de preenchimento dos requisitos, por fim, resta esclarecer, que também estão preenchidas as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, conforme art. 313, do Código de Processo Penal. ANTE O EXPOSTO e, considerando tudo mais que dos autos consta, converto a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA do(s) autuado(s) GEFERSON ARRUDA DE SOUZA, RAFAEL GOMES DOS REIS e SANDRO FERREIRA DA SILVA, acima qualificado (s), com fundamento no artigo 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Mesmo diante da argumentação apresentada pela instância de origem e da apontada existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, verifica-se que a custódia provisória foi imposta ao recorrente com base em elementos do próprio tipo penal.

Destacou o magistrado a gravidade abstrata do delito e a necessidade de resguardo à ordem pública e aplicação da lei penal, sem apresentar circunstâncias do caso concreto que denotassem maior gravame ao bem jurídico tutelado.

Com efeito, a gravidade genérica do delito não sustenta a prisão.

De igual modo, meras ilações quanto à necessidade de se resguardar a ordem pública ou a aplicação da lei penal e a instrução criminal constituem embasamento frágil, de nenhuma concretude.

Ao que se me afigura, pois, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão

Superior Tribunal de Justiça

cautelar não se sustenta, porque nitidamente desvinculada de qualquer elemento de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que 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.

Dúvida não há, portanto, de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não compactuando com a automática determinação de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. Ora, é-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da ideia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentida de imanente falibilidade.

A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção.

A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Assim, não havendo a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea.

Essa tem sido a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, abominando-se a fundamentação da prisão calcada apenas em proposições genéricas:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691/STF. PARECER FAVORÁVEL. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Embora a Súmula n. 691 do STF vede a utilização de habeas corpus impetrado contra decisão de relator que, em writ impetrado perante o Tribunal de origem, indefere o pedido liminar, admite-se, em casos excepcionais, configurada flagrante ilegalidade, a superação do entendimento firmado no referido enunciado sumular.

2. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

3. **No caso, o decreto de prisão preventiva é genérico, nele não havendo nenhuma menção a fatos que justifiquem a imposição da prisão cautelar. Carece, portanto, de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída à paciente.**

4. Na mesma linha a manifestação do Subprocurador-Geral da República, para quem "a simples referência abstrata aos pressupostos previstos no artigo 312 do CPP, à gravidade abstrata do delito ou à repercussão social dos crimes objeto da ação penal, sem nenhuma referência a elementos do caso concreto, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva" (e-STJ fl. 71).

5. Ordem concedida, confirmada a liminar.

(HC 401.178/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. DECISÃO GENÉRICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. **A Juíza de primeira instância não apenas deixou de realizar juízo de cautelaridade lastreado em dados que efetivamente comprovem a periculosidade da paciente, como também deixou de contextualizar, em dados concretos dos autos, a necessidade da sua custódia cautelar. Mencionou, apenas, elementos inerentes ao delito em comento.**

3. Ordem concedida para confirmar os efeitos da liminar e cassar a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente.

(HC 401.990/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 11/09/2017)

HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. **A decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva está fundada em motivos genéricos, levando-se em conta tão somente a gravidade abstrata do delito (inerente ao próprio tipo penal), o que por si só, não justifica a determinação de prisão. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a decretação da custódia cautelar, em qualquer fase do processo, exige a demonstração concreta do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para tanto, não é suficiente, evidentemente, a simples reportagem aos pressupostos previstos no mencionado artigo, sem nenhum elemento concreto. Precedentes.**

2. Ordem concedida a fim de revogar a prisão cautelar, com extensão

ao corréu Gabriel de Araújo Bernardes, confirmando as liminares já deferidas.

(HC 317.931/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DE PRONÚNCIA. CUSTÓDIA MANTIDA. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DOS FATOS CRIMINOSOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL PARCIALMENTE 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. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da tese de que o paciente teria atuado em legítima defesa, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

3. **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.**

4. Mostra-se necessária, devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dadas as circunstâncias do delito e as condições pessoais do agente, primário, sem qualquer outra anotação criminal em seu desfavor, com residência fixa e profissão definida.

5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem.

6. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas providências alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

(HC 369.705/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)

Por fim, no que interessa, veja-se a seguinte transcrição do aresto proferido

pelo Tribunal estadual ao denegar a ordem a cada um dos envolvidos (fls. 128/):

(...)

Ab initio, insta consignar que para a decretação da prisão preventiva não é necessário o mesmo grau de certeza exigido nas decisões condenatórias, bastando a presença de fortes indícios justificadores da medida extrema.

Analisando-se o caso em comento, no que toca ao requisito objetivo para a decretação da prisão preventiva (art. 313 do CPP), tem-se que resta devidamente preenchido: A soma das penas máximas em abstrato dos delitos supostamente cometidos superam 04 (quatro) anos. Aliás, a reprimenda máxima abstrata tão somente do ilícito de roubo já é superior a esse quantum.

Por seu turno, quanto aos requisitos subjetivos previstos na lex processual penal (art. 312 do CPP), são eles: a) garantia da ordem pública ou da ordem econômica; b) conveniência da instrução criminal e; c) necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*); além de prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria (*fumus comissi delicti*).

No caso vertente, *ictus oculi* a prisão preventiva se justifica ao menos para assegurar a ordem pública, tendo em vista, por um lado a gravidade concreta das infrações em tese praticadas – roubo majorado e associação criminosa – e, **por outro, os fortes indícios acerca da possibilidade de reiteração na prática de ilícitos penais.**

Constam no Sistema Integrado de Gestão Operacional – SIGO/MS, outros procedimentos investigativos instaurados em nome do paciente. Alguns, inclusive, relativos à suposta prática de atos infracionais quando era ainda menor; outros, atinentes a condutas em tese praticadas após ter atingido a maioridade penal.

Esse cenário constitui fundamento hábil para se aferir a possibilidade concreta de reiteração delitiva, o que se insere no imperativo da ordem pública.

.....
.....

Portanto, necessária a manutenção da custódia cautelar, já que invidiosa a presença do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*, sendo, por outro norte, insuficiente na hipótese a substituição da segregação por quaisquer das outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP.

Não há pois, constrangimento ilegal a ser sanado.

Ex positis, com o parecer, denego a ordem.

Com efeito, o acórdão busca claramente complementar a decisão objurgada, acrescentando ao texto elementos relacionados à vida pregressa do acusado e decorrente renitência delitiva, os quais não chegaram a integrar as razões de decidir do magistrado primevo.

Com efeito, não cabe ao Tribunal de origem complementar a fundamentação

Superior Tribunal de Justiça

de decisão, essa censurável por sua carência, na tentativa de legitimá-la. Assim, é de se afastar o trecho do acórdão que procede a achegas à decisão de primeiro grau.

Vejam-se, em sentido semelhante, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CRIMINALIDADE QUE ASSOLA O PAÍS. INQUIETAÇÃO NO MEIO SOCIAL. SENTIMENTO DE IMPUNIDADE DA SOCIEDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. NOCIVIDADE DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS (1,61g DE CRACK). INOVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR OUTRORA DEFERIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF), que demonstre a 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 motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a manutenção da prisão preventiva, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. 4. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico no sentido de que o crime de tráfico de drogas gera aumento da criminalidade, intranquilidade social e sentimento de impunidade na sociedade, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão provisória.

5. Não é possível que o Tribunal agregue novos elementos à decisão de primeira instância (nocividade da droga apreendida em poder da paciente - 1,61g de crack), por constituir inovação da fundamentação. Precedentes.

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar outrora deferida, revogar a prisão preventiva da paciente nos autos da Ação Penal n. 0013594-94.2016.8.26.0269, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, caso não esteja custodiada em

Superior Tribunal de Justiça

razão de outro decreto de prisão e sem prejuízo de nova decretação de custódia processual e de imposição de outras medidas cautelares pelo Juízo local.

(HC 388.447/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E CONJECTURAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL A *QUO* COMPLEMENTAR OS ARGUMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU EM SITUAÇÃO IDÊNTICA.

1. A prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Na espécie, o Juízo de primeiro grau decretou a prisão preventiva dos acusados, mas a Corte estadual, ao analisar o habeas corpus em favor do corréu, reconheceu que não havia nenhum elemento concreto que demonstrasse o preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, substituindo a prisão preventiva por outras medidas cautelares. Ao analisar pedido de extensão em favor do paciente, manteve sua prisão cautelar sob o fundamento de que ele teria voltado a delinquir após ter sido beneficiado com a liberdade provisória em outro habeas corpus, referente a outra ação penal.

3. **É cediço na jurisprudência pátria que o tribunal não pode inovar nos fundamentos que deram ensejo à decretação da prisão de natureza cautelar, cabendo apenas à Corte concordar ou discordar do que nele disposto** (AgRg no HC n. 295.799/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 10/10/2014). Se a constrição dos dois acusados está baseada nos mesmos elementos e o Tribunal estadual entendeu que não havia fundamentação idônea no decreto de prisão em relação ao corréu, devem ser estendidos ao paciente os efeitos da decisão que substituiu a prisão preventiva daquele por medidas cautelares, pois, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito.

4. Ordem concedida, ratificando-se a liminar deferida, nos termos do dispositivo.

(HC 319.680/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 18/05/2015)

Não sendo possível depreender, apenas da documentação constante dos autos, similitude fática entre a situação do acusado e dos corréus, e tampouco qual a situação prisional dos demais, deixo de estender o benefício, nada obstando que venham a requerer a benesse caso comprovada a semelhança.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso ordinário**, a fim de que o recorrente possa aguardar em liberdade seu julgamento na Ação Penal n.º 0046206-69.2017.8.12.0001, oriunda da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS,

Superior Tribunal de Justiça

se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, caso demonstrada a necessidade, sem prejuízo, ainda, da fixação de outras medidas cautelares de cunho pessoal, nos termos da Lei n.º 12.403/2011.

É como voto.

