

## MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 130.685 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. GILMAR MENDES  
**PACTE.(S)** : DAYANA MARIA SOARES  
**IMPTE.(S)** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**COATOR(A/S)(ES)** : RELATOR DO HC Nº 334.482 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de **Dayana Maria Soares**, contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu liminarmente o pedido formulado nos autos do HC 334.482/SP.

Extraí-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante, na data de 13.3.2015, pela suposta prática do crime descrito no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Em 14.3.2015 o flagrante foi convertido em constrição preventiva. (eDOC 5).

Irresignada, a defesa manejou *habeas corpus* perante o TJ bandeirante, o qual denegou a ordem, pendente ainda o julgamento do mérito.

Foi impetrado, então, novo *writ* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando-se, em suma, a necessidade de concessão de liberdade provisória à acusada.

O Ministro Relator do HC n. 334.482/SP indeferiu liminarmente o pedido.

Sobreveio, então, a presente ação, por meio da qual a defesa reitera os pedidos pretéritos e enfatiza a demora para a conclusão da instrução processual.

Pede a superação do enunciado 691 da Súmula do STF, para que seja expedido o alvará de soltura.

É o breve relatório.

**Decido.**

## HC 130685 MC / SP

Conforme relatado, observa-se que a decisão impugnada limitou-se a negar seguimento ao pedido formulado perante o STJ por configuração de hipótese de indevida supressão de instância.

Segundo jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou inexistindo prévia manifestação das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido, consoante a reiterada jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: HC 110.968/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, unânime, DJe 3.5.2012 e HC 106.159/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, maioria, DJe 24.5.2012.

*In casu*, em verdade haveria dupla supressão de instância, uma vez que estaríamos a decidir antes do Superior Tribunal de Justiça e antes, inclusive, do próprio Tribunal de Justiça paulista.

No entanto, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV), a aplicação desse entendimento jurisprudencial pode ser afastada na ocorrência de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder, o que verifico, em um juízo prévio, ser o caso em questão.

Explico.

No caso, o Juízo de Direito da 22ª Vara Criminal da Comarca de Itapetininga/SP converteu a prisão em flagrante em preventiva nos seguintes termos:

“Trata-se de auto de prisão em flagrante delito lavrado em desfavor de DAYANA MARIA SOARES.

Flagrante formalmente em ordem, ante os indícios de cometimento de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, consubstanciados nos depoimentos dos Policiais Militares ouvidos durante a lavratura do auto de prisão em flagrante e do auto de exame pericial provisório, no sentido de ter ocorrido apreensão de substância entorpecente vulgarmente conhecida por “crack”.

Ciência do parecer do Ministério Público e da Defensoria Pública.

## HC 130685 MC / SP

Entendo ser imprescindível a manutenção da prisão cautelar da autuada, por se tratar de cometimento, em tese, de tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado a hediondo, que intranquiliza a sociedade e coloca em risco a ordem pública.

Pois tais motivos, observadas as disposições do artigo 312 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/11, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, com fulcro no artigo 310 do Código de Processo Penal". (eDOC 5)

Nesse sentido, a decisão de prisão diverge do entendimento firmado por esta Corte: HC 86.758/PR (DJ 1.9.2006), HC 84.997/SP (DJ 8.6.2007) e HC 83.806/SP (DJ 18.6.2004). É que a constrição provisória deve estar embasada em elementos concretos, e não abstratamente, como vazio argumento de retórica.

Isso porque o decreto construtivo deve indicar, de forma expressa, os seguintes fundamentos, nos termos do art. 312 do CPP: I) garantia da ordem pública; II) garantia da aplicação da lei penal; e III) conveniência da instrução criminal.

Porém, na linha da jurisprudência deste Tribunal, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie.

Assim, para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial construtivo da liberdade especifique, de modo fundamentado (CF, art. 93, IX), elementos concretos que justifiquem a medida. Nesse sentido, cito os precedentes: HC 74.666/RS, Min. Celso de Mello, DJ 11.10.2002, e HC 91.386/BA de minha relatoria, DJ 16.5.2008.

Reputo que a prisão provisória decretada em desfavor da paciente não atendeu aos requisitos do art. 312 do CPP, especialmente no que diz respeito à indicação de elementos concretos que, ao momento da decretação, fossem imediatamente incidentes a ponto de ensejar o decreto

cautelar.

Ademais, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, nos termos da nova redação do art. 319 do CPP, o juiz passa a dispor de outras medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, permitindo, diante das circunstâncias do caso concreto, seja escolhida a medida mais ajustada às peculiaridades da espécie, permitindo, assim, a tutela do meio social, mas também servindo, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado.

Portanto, da análise dos elementos constantes dos autos e salvo melhor juízo quanto ao mérito, entendo que a prisão cautelar revela-se medida desproporcional, porquanto a gravidade do delito, por si só, não é fato hábil a embasar a constrição cautelar.

Ante os fundamentos expostos, **defiro a liminar** para suspender os efeitos da ordem de prisão decretada em desfavor da paciente (Dayana Maria Soares), se por algum outro motivo não estiver presa e sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP.

Abra-se vista à Procuradoria-Geral da República.

**Comunique-se com urgência.**

Publique-se.

Brasília, 6 de outubro de 2015.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*