



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 74.410 - SP (2016/0207290-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : PEDRO HENRIQUE RODRIGUES MORAES (PRESO)
ADVOGADO : ROGÉRIO BATISTA GABELINI - SP176163
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE BENEFICIADO COM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ART. 319 DO CPP. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação.

2. A prisão preventiva 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. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e as condições pessoais do agente, primário e de bons antecedentes, predicados inclusive reconhecidos na sentença.

4. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por medidas diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para substituir a custódia preventiva do recorrente pelas medidas alternativas à prisão 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, dar parcial provimento ao recurso, 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), 13 de dezembro de 2016. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Presidente

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 74.410 - SP (2016/0207290-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : PEDRO HENRIQUE RODRIGUES MORAES (PRESO)
ADVOGADO : ROGÉRIO BATISTA GABELINI - SP176163
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por PEDRO HENRIQUE RODRIGUES MORAES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n.º 2087870-93.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do recorrente nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

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

Requeru, liminarmente e no mérito, o provimento do reclamo para que lhe seja permitido responder ao processo em liberdade, com a expedição do competente alvará de soltura em seu favor.

Contra-arrazoadado o reclamo, os autos ascenderam a esta Corte Superior, tendo a liminar sido indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas, noticiando o Juízo Singular que os autos se encontravam no aguardo da realização de audiência de instrução e julgamento, designada para o dia 22-8-2016 (e-STJ fls. 240 a 242).

O Ministério Público Federal opinou pelo **provimento** do recurso para que a prisão seja substituída pelas medidas cautelares alternativas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 74.410 - SP (2016/0207290-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Dos elementos colacionados, infere-se que o recorrente foi preso em flagrante **no dia 12-4-2016**, convertida a segregação em preventiva, e denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, juntamente com outro corréu, trazia consigo, para fins de tráfico, 31 (trinta e um) *eppendorfs* de cocaína, pesando 25,9 g (vinte e cinco gramas e nove decigramas), bem como 68 (sessenta e oito) porções de maconha pesando 98 g (noventa e oito gramas).

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

Segundo se apurou, policiais militares realizavam um patrulhamento de rotina próximo ao bairro Satélite Íris quando avistaram PEDRO HENRIQUE e TÚLIO ocupando um veículo Fiat/Punto, de cor cinza, placas ETD-0786, que era conduzido por PEDRO HENRIQUE, em atitude suspeita.

Consta ainda que, no momento em que os milicianos se aproximaram para efetuar a abordagem, os denunciados empreenderam fuga e foram perseguidos, sendo efetuados sinais sonoros e luminosos pelos policiais para que eles parassem.

Consta também que, durante a fuga, foi dispensada uma sacola plástica por um dos indiciados, sendo que, logo depois, eles foram detidos pelos policiais.

Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado em poder de PEDRO HENRIQUE e TÚLIO. Porém, os milicianos retornaram ao local onde foi dispensada a referida sacola e a apreenderam, localizando em seu interior 31 (trinta e um) "eppendorfs" de cocaína e 68 (sessenta e oito) porções de maconha, que seriam comercializados por eles (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 15/16).

Assim, considerando as circunstâncias da prisão, a quantidade e diversidade da droga apreendida (incompatível com o uso próprio) e a forma como esta se encontrava acondicionada, isto é/em pequenas porções prontas para a venda, está claro que o tóxico pertencia aos denunciados e se destinava ao tráfico. (e-STJ Fls. 59 e 60).

Verifica-se que o Juízo Singular converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva, pois a entendeu necessária a bem da ordem pública, dada a gravidade efetiva do delito, destacando que "os autuados traziam consigo em um veículo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 31 eppendors de cocaína e 68



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porções de maconha" e, "nas condições em que se desenvolveu a ação, bem como levando-se em conta a natureza, a forma de acondicionamento, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas, indicam a prática de tráfico de drogas".

Acrescentou que "os flagrados evadiram-se ao notar a aproximação da polícia, indicando, aliado à gravidade em concreto destes fatos, a necessidade da segregação cautelar", destacando, outrossim, que "as medidas cautelares diversas da prisão, assim como a liberdade sem vinculação, se mostram insuficientes e inadequadas para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução e a aplicação da pena; sua eventual aplicação se constituiria em autêntico estímulo à violência e à prática de outros crimes".

A Corte de origem, apreciando habeas corpus lá impetrado antes da prolação de sentença, denegou a ordem ao argumento de que "inexiste constrangimento ilegal a ser pronunciado, já que por ora se faz presente a necessidade da custódia do paciente ante a situação de flagrante delito e a gravidade dos fatos narrados nos autos" (e-STJ Fls. 201).

Consignou que "o juiz, mesmo quando emprega expressões de cunho genérico, decide considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante de si" e que "diversamente do entendimento do impetrante, a decisão atacada está suficientemente fundamentada na presença das hipóteses da prisão preventiva ante a existência de comprovação da materialidade e os indícios suficientes de autoria" (e-STJ Fls. 201).

Mencionou o Tribunal Estadual, ademais, que "embora medida de exceção, a prisão é adequada e eficaz para garantir a ordem pública, que não se presta apenas acautelar o meio social e a própria aplicação da pena, mas para prevenir a reprodução de fatos criminosos e garantir a colheita de provas" (e-STJ Fls. 202).

Continuou afirmando que "neste caso, a resposta estatal tem de ser imediata, restringindo cautelarmente, na presença dos requisitos do periculum in mora e fumus boni iuris, a liberdade de quem é acima de dúvida razoável suspeito de autoria de qualquer crime grave, como é a hipótese dos autos" (e-STJ Fls. 202).

Asseverou que "não se verifica, portanto, qualquer ilegalidade na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

construção cautelar em tela, que prevê pena em abstrato superior a quatro anos, ressalvado que as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, se mostram insuficientes e inadequadas às circunstâncias do fato praticado, conforme com a regra prevista no art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal" (e-STJ Fls. 202).

Das informações obtidas na página eletrônica da Corte Estadual (<http://www.tjsp.jus.br>) e como bem aduzido pelo *Parquet* Federal, em **3-10-2016**, o recorrente restou condenado ao cumprimento de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de multa, em razão da prática da conduta prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, negado-se-lhe o direito de recorrer em liberdade diante da constatação de que respondeu preso e da persistência dos motivos que ensejaram o sequestro cautelar.

Contra a mencionada decisão, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos apenas para decretar a perda do veículo utilizado no transporte das drogas. Foi interposto, ainda, recurso de apelação criminal, o qual se encontra em processamento.

Esclarecidos os fatos, nesse cenário, com razão o recorrente quando alega a ocorrência de constrangimento ilegal.

Não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o recorrente, e que a decisão que deferiu a custódia cautelar foi motivada, necessário observar 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.

E, na espécie, evidencia-se que as circunstâncias do caso autorizam a conclusão pela suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que o denunciado foi preso em flagrante delito na posse de reduzida quantidade de material tóxico - 25,9 g de cocaína e 98 g de maconha - , a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas, tanto que foi agraciado com a aplicação do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, por reconhecer o togado singular a sua primariedade, que não fazia parte de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa, nem se dedicava a atividades criminosas.

Com efeito, a Lei 12.403/11, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispôs que: *"A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".*

Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, totalmente favoráveis, como visto.

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)

De se destacar que, 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, como ocorre na espécie.

Não se pode olvidar, por outro lado, que há **"um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar"**, como afirma GUSTAVO BADARÓ, na sua obra *Processo Penal*, RJ: Campus: Elsevier, 2012, de onde retira-se que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Continuando na lição, arremata o doutrinador, na obra já citada, que, "em tais situações poderá ser cabível, em tese, mas sempre dependendo da verificação das situações concretas, a imposição de medida cautelar diversa da prisão (CPP, arts. 319 e 320)" (op. cit., p. 744).

A propósito, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

[...]

Ora, na hipótese dos autos, as condições pessoais favoráveis do agente, surpreendido na posse de pequena quantidade de material tóxico - particularidades que não podem ser desconsideradas pelo julgador, mormente em se tratando do direito à liberdade - indicam a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os fins acautelatórios pretendidos.

Nesse contexto, e apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das particularidades 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.

Merece registro, por fim, que o descumprimento das condições aqui impostas poderá gerar a decretação da prisão preventiva, de acordo com o previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 282, § 4º, do CPP.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para substituir a medida cautelar da prisão preventiva da recorrente pelas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0207290-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 74.410 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00102222020168260114 20160000375596 20878709320168260000 642/2016 6422016
RI003BNTC0000

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PEDRO HENRIQUE RODRIGUES MORAES (PRESO)
ADVOGADO : ROGÉRIO BATISTA GABELINI - SP176163
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : TULIO VARELA DE SOUSA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, deu parcial provimento ao recurso, 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.