



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 485.266 - SP (2018/0339898-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
KARINA SANTOS SALVADOR - SP290900
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR HENRIQUE MORENO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. QUANTIDADE NÃO SIGNIFICATIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS DO ART. 319 DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal 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. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, uma vez que o acusado foi flagrantado na posse de quantidade não significativa de material tóxico, 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.

3. Ademais, o agente é primário e ostenta bons antecedentes, predicados que corroboram a conclusão pela desproporcionalidade da prisão *ante tempus*.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 21 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 485.266 - SP (2018/0339898-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
KARINA SANTOS SALVADOR - SP290900
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR HENRIQUE MORENO (PRESO)

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI - Relator: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em benefício de VITOR HENRIQUE MORENO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2244967-88.2018.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do ora paciente, decretada nos autos da ação penal em que foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta a impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que não haveria fundamento idôneo para justificar a ordenação e a manutenção da custódia cautelar do acusado, eis que embasada na gravidade em abstrato do delito em tese praticado e em dados genéricos, insuficientes para tanto.

Alega, para tanto, que não foi demonstrado, de maneira concreta, de que forma, em liberdade, o paciente poderia causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Outrossim, afirma que o paciente seria primário, sem antecedentes e com residência fixa, predcados que autorizariam a substituição da prisão pelo compromisso de o paciente comparecer a todos os atos processuais.

Ressalta, por fim, que a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Requer, por fim, a concessão da ordem para relaxar ou revogar a prisão preventiva do paciente, com a expedição do competente alvará de soltura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 156-157).

Informações prestadas às fls. 48-61 e 68-87 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 485.266 - SP (2018/0339898-3)

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI: Preliminarmente, impende frisar que o Supremo Tribunal Federal, no bojo do HC n. 109.956/PR, colimando dar efetividade às normas previstas no art. 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante àquela Corte, em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento chancelado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, a presente impetração, ao se insurgir contra acórdão exarado pelo Tribunal local, denegatório da ordem pleiteada em anterior remédio heroico, afigura-se incabível, pois manejado perante este Sodalício de forma originária, sem qualquer subsunção às hipóteses autorizadoras elencadas no art. 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal. Logo, não comporta conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na exordial será analisado, apenas *ad cautelam*, a fim de se verificar a existência de eventual flagrante ilegalidade a justificar a atuação desta Corte Superior de Justiça *ex officio*.

Da análise dos elementos carreados nos autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante em 21/10/2018, convertida a prisão em preventiva na audiência de custódia realizada no dia seguinte, e, posteriormente, denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque teria sido surpreendido, trazendo consigo, para entrega a terceiros, 28 (vinte e oito) porções de maconha, pesando 81,6 g (oitenta e um gramas e seis decigramas) e 23 (vinte e três) porções de cocaína, pesando 18,1 g (dezoito gramas e um decigramas).

Quanto aos fatos, narra a denúncia:

"Consta do incluso inquérito policial que no dia 21 de outubro de 2018, por volta das 17h00, na Rua Amelia Petrella Zuanazzi, nº 136, Palhereiros, nesta Capital, VITOR HENRIQUE MORENO, menor de 21 anos, (qualificado às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 17), **trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 28 (vinte e oito) invólucros plásticos contendo TETRAHIDROCANNABINOL, substância vulgarmente conhecida como 'maconha', com peso líquido de 81,6g (oitenta e um gramas e seis decigramas), 18 (dezoito) invólucros plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 17g (dezessete gramas) e 05 (cinco) pedras de cocaína, com peso líquido de 1,1g (um grama e um decigrama), substância causadora de dependência química e psíquica, consoante laudo de constatação de fls. 12/15 e laudo químico-toxicológico a ser acostado oportunamente, sem autorização e em desacordo com determinação legal.** Apurou-se que, na data dos fatos, o denunciado tomou para si toda a droga acima descrita e se dirigiu à via pública, com a finalidade de comercializá-la à terceiros.

Policiais militares, em patrulhamento de rotina pelo local acima descrito, observaram o denunciado, que ao avistar a viatura saiu andando em atitude suspeita, motivo pelo qual procederam a abordagem.

Em busca pessoal, os policiais encontraram na posse do denunciado R\$90,00 (noventa reais) em espécie. Questionado oficiosamente **o denunciado confessou que estaria traficando, retirando de suas vestes íntimas uma sacola contendo toda a droga acima descrita.**

Por esse motivo o denunciado foi preso em flagrante e conduzido juntamente com a droga até o Distrito Policial.

As drogas foram exibidas, apreendidas e encaminhadas à perícia, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 10/11 e laudo de constatação de fls. 12/15.

Em seu interrogatório policial, **o denunciado confessou que trazia a droga para entrega à consumo de terceiros, informando que realmente estava traficando (fls. 05).**

As circunstâncias do crime, a quantidade de droga, a forma como estava embalada, o dinheiro apreendido e a confissão do denunciado em sede policial, evidenciam que o denunciado trazia as drogas para comercialização à terceiros" (e-STJ fls. 9-11, grifou-se).

Verifica-se que o Juiz primevo, em audiência de custódia realizada em **22/10/2018**, converteu o flagrante em prisão preventiva, como forma de garantir a ordem pública, afirmando que **"a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois absolutamente suficiente para mercancia"** (e-STJ fl. 15, grifou-se).

Na oportunidade, o Togado destacou ainda que **"o autuado estava em um ponto de venda de drogas, declarou não estudar ou trabalhar"**, além do que **"vendia 3**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedades, duas delas de maior potencial lesivo e que, inegavelmente causam danos sociais" (e-STJ fls. 15-16, grifou-se).

Por fim, concluiu-se pela impossibilidade da aplicação de medidas cautelares alternativas.

A Corte de origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado, denegou a ordem, ao fundamento de que não se verifica o constrangimento ilegal apontado na inicial, uma vez que *"a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva reúne fundamentação idônea, razão pela qual deve ser prestigiada"* (e-STJ fl. 34).

O Tribunal estadual ponderou que *"a **quantidade e a diversidade** da droga (vinte e oito porções de maconha 81,6g; dezoito invólucros de cocaína 17g; e cinco pedras de crack 1,1g) evidenciam, em princípio, periculosidade do agente, recomendando-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública"* (e-STJ fl. 34, grifou-se).

Ainda, foi apontado no acórdão objurgado que *"primariedade, bons antecedentes, endereço certo e trabalho são predicados esperados de todo cidadão, de forma que o fato de o paciente eventualmente reuni-los, não autoriza, por si só, a liberdade provisória quando, como no caso dos autos, estão presentes os requisitos da custódia cautelar, que convive harmonicamente em nosso ordenamento jurídico com o princípio constitucional da presunção da inocência"* (e-STJ fls. 35-36).

De arremate, o Colegiado bandeirante asseverou que se revela *"igualmente inviável a substituição da prisão por medidas cautelares não prisionais"* (e-STJ fl. 36).

Pois bem.

Delineado o contexto fático processual, tem-se que **assiste razão em parte ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.**

Com efeito, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o paciente, necessário ter-se em mente que, após a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Referido diploma legal, 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 só deve ser decretada ou mantida em último caso, quando realmente mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao art. 282 do Código de Processo Penal:

"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)

Não se pode olvidar, ainda, 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:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"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"* (pág. 718 e 719, grifou-se).

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).

Ora, no caso, observa-se que, embora tenha confessado a prática do delito, o acusado foi flagrantado na posse de quantidade não significativa de material tóxico - **81,6 g de maconha e 18,1 g de cocaína** -, a demonstrar tal circunstância 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.

Ademais, ao que consta na Folha de Antecedentes acostada às fls. 85-87 (e-STJ), **o agente é primário e sem registro de outro envolvimento criminal**, nada havendo a indicar que, solto, voltará a atentar contra a ordem pública, o que corrobora a conclusão pela desproporcionalidade do cárcere antecipado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entrementes, não se pode desprezar a gravidade da conduta imputada ao paciente, que, segundo consta dos autos, foi surpreendido com variedade de estupefacientes, a indicar, em substituição à eivada prisão processual, a necessidade de imposição das medidas cautelares diversas, 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 Código de Processo Penal, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante, podendo, ainda, a custódia ser **novamente decretada** em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4º, c.c. art. 316, ambos do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos, desde que devidamente fundamentada.

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 Código de Processo Penal, para substituir a prisão cautelar pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do mesmo diploma legal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0339898-3

HC 485.266 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01000886620188260050 1000886620188260050 22449678820188260000 91302018

EM MESA

JULGADO: 21/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO KARINA SANTOS SALVADOR - SP290900
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VITOR HENRIQUE MORENO (PRESO)

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, 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.