



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.608 - SP (2016/0205167-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL MARTINS DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. REDUZIDA QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ART. 319 DO CPP. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF 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. 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.

3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

4. No caso, não obstante a reprovabilidade da conduta, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefacientes e as condições pessoais do agente.

5. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 27 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.608 - SP (2016/0205167-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICAEL MARTINS DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI - Relator: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MICAEL MARTINS DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que conheceu em parte e nessa extensão, denegou a ordem visada no HC nº 2108739-77.2016.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva do paciente nos autos da ação penal em que responde pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a manutenção da custódia cautelar do acusado, uma vez que baseada na gravidade abstrata do delito.

Defende que não foram apontados elementos concretos que demonstrassem de que forma o paciente, em liberdade, pudesse vir a 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 CPP.

Alega a excepcionalidade da prisão preventiva que, com o advento da Lei 12.403/11, somente deverá ser imposta quando as medidas cautelares alternativas se mostrarem insuficientes ou inadequadas, o que não seria a hipótese dos autos.

Ressalta que o paciente é primário, de bons antecedentes, predcados que lhe permitiriam responder ao feito em liberdade.

Pondera que em caso de eventual condenação, o acusado fará jus ao redutor de pena contido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a regime inicial menos gravoso e à substituição da pena por restritiva de direitos, pelo que seria desproporcional a constrição antecipada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta que a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei de Drogas, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente ou a aplicação das medidas cautelares alternativas.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas, noticiando o Juízo Singular a instauração de incidente de dependência toxicológica (e-STJ Fls. 91 e 92).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.608 - SP (2016/0205167-0)

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI - Relator: De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por esta Corte Superior de Justiça.

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante **no dia 26-5-2016**, convertida a prisão em preventiva, pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque mantinha em depósito 7,66 g (sete gramas e sessenta e seis decigramas) de cocaína fracionada em 24 porções (e-STJ fl. 111) .

Quanto aos fatos, narra a denúncia que:

Segundo se apurou, policiais realizavam patrulhamento de rotina, oportunidade em que visualizaram o denunciado em atitudes suspeitas, fazendo uso de um bicicleta e entregando algo para outro ciclista. Desta feita, optaram por abordá-lo, momento em que o denunciado, percebendo a aproximação policial, passou a fugir. Em perseguição, sem perder o denunciado de vista, os policiais visualizaram este, ao passar pela praça do bairro Aniceto, dispensando algo no chão. Prosseguiram no encalço do denunciado e logo o abordaram, encontrando com ele um telefone celular e a injustificada quantia de R\$ 37,00 (trinta e sete reais). Ao retornarem ao local onde o denunciado havia dispensado um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objeto, os policiais o encontraram, constatando tratar-se dos 24 "ependorfs de cocaína" acima descritos, sendo então aquele preso em flagrante delito.

As circunstâncias que envolveram a prisão do denunciado demonstram que ele trazia a droga com clara destinação ao tráfico, pois surpreendido, inicialmente, em situação de venda do entorpecente, sendo que trazia consigo quantidade de droga incompatível com a que o usuário costumeiramente transporta, além de quantia injustificada em dinheiro. (e-STJ Fls. 94)

Verifica-se que o Juízo Singular converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto a entendeu necessária especialmente para a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do delito, pois o paciente *"foi preso após dispensar no chão, durante uma tentativa de fuga, vinte e quatro porções individuais de cocaína, substância diversa daquela que em depoimento informou que estava a usar no momento em que viu os policiais se aproximando, um simples "baseado" (e-STJ Fls. 130 e 131).*

Acrescentou, ainda, que *"nenhuma outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP terá o condão de conciliar a soltura dele com necessidade de garantia da ordem pública, de modo que nenhuma delas pode vir a substituir a prisão necessária" (e-STJ Fls. 133).*

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que conheceu parcialmente do *writ* e, nessa extensão, denegou a ordem, ao argumento de que a segregação cautelar seria necessária a bem da ordem pública, tendo em vista as circunstâncias em que se deu o delito, destacando, outrossim, que *"no tocante aos bons predicados invocados em prol do suplicante, não elidem a manutenção da medida extrema" (e-STJ Fls. 35).*

Ponderou que *"a gravidade dessa imputação, e a natural periculosidade atribuída a quem é acusado de ser agente ativo da mesma, por si só já recomendam a segregação cautelar" (e-STJ Fls. 37).*

Por fim, aduziu a Corte de origem que *"no que tange ao alegado de que em caso de eventual condenação, poderá lhe ser fixado regime prisional aberto, ou ter sua pena corporal substituída por restritiva de direitos (fl. 10), tal questão constitui tema incerto e futuro, atinente ao mérito, sendo a sua apreciação inviável por esta via" (e-STJ Fls. 37).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esclarecidos os fatos, no tocante ao decreto preventivo, analisando-se os autos, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, pois o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 104.339/SP, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, declarou, por maioria, incidentalmente, a concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes, de modo que, para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra a recorrente, 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 materiais tóxicos - 7,66 g (sete gramas e sessenta e seis decigramas) de cocaína (e-STJ fl. 111) -, 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.

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 mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, totalmente favoráveis, já que é jovem e com bons antecedentes, conforme e-STJ Fl. 109.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 materiais tóxicos, - 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, em que pese a reprovabilidade da conduta, apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das peculiaridades do caso concreto, mostra-se necessária, adequada e suficiente a substituição pelas 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.

Diante do exposto, 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 CPP, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, restando prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu o pleito liminar.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0205167-0

HC 365.608 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001925220168260557 1925220168260557 20160000479620 21087397720168260000

EM MESA

JULGADO: 27/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MICAEL MARTINS DE OLIVEIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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.