



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.723 - SP (2015/0170146-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : VINICIUS MESSIAS DO NASCIMENTO (PRESO)
ADVOGADO : LEANDRO GALÍCIA DE OLIVEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NEGATIVA DE AUTORIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE PRIMÁRIO E SEM REGISTRO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. RECLAMO EM PARTE CONHECIDO E NESSA EXTENSÃO PROVIDO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da alegada negativa de autoria, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal de origem no aresto combatido.
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 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.
4. No caso, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de ínfima quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, e às condições pessoais do agente, primário e sem registro de antecedentes criminais.
5. 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.
6. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para revogar a custódia preventiva do recorrente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.723 - SP (2015/0170146-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : VINICIUS MESSIAS DO NASCIMENTO (PRESO)
ADVOGADO : LEANDRO GALÍCIA DE OLIVEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por VINICIUS MESSIAS DO NASCIMENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no HC nº 2007538-76.2015.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva do recorrente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

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

Alega que a droga apreendida não seria de sua propriedade.

Pondera que, caso reste condenado, fará jus ao cumprimento da pena em regime diverso do fechado, pelo que seria desproporcional mantê-lo acautelado antecipadamente.

Destaca ser primário, com bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, predicados que lhe permitiriam responder ao processo em liberdade.

Requer, assim, o provimento do recurso a fim de que lhe seja concedida liberdade provisória, "*sem imputação de fiança, mediante condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular*" (fl. 151)..

Contrarrazoado o reclamo, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do inconformismo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas, noticiando o Juízo singular que os autos estariam aguardando a realização de audiência já designada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.723 - SP (2015/0170146-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Extrai-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante, **no dia 28-11-2014**, convertida a prisão em preventiva, e findou denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, porque trazia consigo e mantinha em depósito 8,367 g (oito gramas e trezentos e sessenta e sete miligramas) de cocaína.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

Conforme apurado em inquérito policial, o indiciado traficava entorpecentes no local dos fatos e, para esta finalidade, carregava consigo 3 (três) "eppendorfs" contendo a droga "Cocaína", assim como, mantinha em depósito, escondidos em uma árvore existente no local, 20 (vinte) "eppendorfs", contendo a mesma substância ilícita.

Observadas a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como a maneira como estes estavam acondicionados, mostra-se incompatível sua destinação ao consumo próprio, restando em evidência o propósito mercantil. (fls. 15-16)

Verifica-se que o Juízo Singular converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto a entendeu necessária especialmente para a garantia da ordem pública, dada a gravidade da conduta imputada, uma vez que *"a quantidade de drogas encontradas é expressiva e, aliada à quantia em dinheiro apreendida, é indicativa da prática de traficância"* (fls. 87), além do que *"o autuado estava na posse de cocaína, droga de alto potencial lesivo e que traz nefastos efeitos aos usuários"* (fls. 87) e *"havia denúncia anônima anterior, indicando que o autuado já se dedicava à traficância há algum tempo"* (fls. 87).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por maioria de votos, entendendo suficiente e fundamentada a decisão singular, denegou a ordem, a bem da ordem pública, concluindo pela insuficiência da aplicação de medidas alternativas.

Inicialmente, quanto à aventada negativa de autoria, observa-se que a Corte originária deixou de examinar a tese no acórdão impetrado, circunstância que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância.

De se destacar que, ainda que assim não fosse, tem-se que o *habeas corpus* não é via correta para discutir a tese de fragilidade das provas quanto à participação do agente nas práticas ilícitas que lhe são imputadas, em razão de demandar o reexame aprofundado do elenco probatório, devendo tal questão ser solucionada na sede e juízo próprios, ou seja, na ação penal a que responde e pelo togado singular, após produzidas as provas sob o crivo do contraditório.

Nessa direção, confira-se:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. INTEGRANTE DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DENÚNCIA GENÉRICA. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA INADEQUADA. REEXAME DE PROVAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. 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.

3. Hipótese em que a custódia cautelar foi decretada e mantida para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade do paciente e seu envolvimento permanente com a organização criminosa denominada PCC - Primeiro Comando da Capital.

4. Não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida, tratando-se de acusado associado para "organizar atividades criminosas na cidade de Avaré e região relacionadas ao tráfico de entorpecentes e roubos".

5. No tocante às alegações de que a denúncia não especifica as condutas do paciente de acordo com o diploma legal, a matéria não foi examinada pela Corte de origem no acórdão guerreado, não podendo ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Não se mostra possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a negativa de autoria do delito, procedimento que demanda o exame aprofundado das provas carreadas aos autos, o que será feito pelo magistrado de primeiro grau por ocasião da sentença.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 230.335/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante aos fundamentos da prisão preventiva do paciente, observa-se que, em parte, assiste razão ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.

Não desprezando a gravidade das acusações lançadas contra o 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 material tóxico - **8,367 g (oito gramas e trezentos e sessenta e sete miligramas) de cocaína**, 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.

Ademais, ao que consta, da Folha de Antecedentes acostada às fls. 207, o recorrente é primário e não possui registro de outros antecedentes desabonadores.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Acusado descumprido alguma delas. Precedentes desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte.
[...]

Ora, na hipótese dos autos, as condições pessoais favoráveis do agente, surpreendido na posse de pequena quantidade de material tóxico, são circunstâncias que levam a antever, em cognição sumária, própria da via restrita do recurso ordinário em *habeas corpus*, que o agente será beneficiado com a aplicação da causa redutora de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, permitindo que a reprimenda que eventualmente lhe for aplicada possa vir a ser descontada em regime mais benéfico do que aquele em que ora se encontra, o que denota a desproporcionalidade da segregação e a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os fins acautelatórios pretendidos.

As particularidades acima apontadas não podem ser desconsideradas pelo julgador, mormente em se tratando do direito à liberdade, e evidenciam 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 peculiaridades 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.

Diante do exposto, conhece-se parcialmente do recurso ordinário em *habeas corpus*, e, nessa extensão, **dá-se-lhe provimento** para revogar a prisão preventiva do recorrente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0170146-6

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 61.723 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0020000 1115820148260530 20000 20075387620158260000 3671/2014 36712014
RI002LPMB0000

EM MESA

JULGADO: 13/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VINICIUS MESSIAS DO NASCIMENTO (PRESO)

ADVOGADO : LEANDRO GALÍCIA DE OLIVEIRA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.