



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 110.838 - RS (2019/0097647-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : CHARLES ALBERT MACHADO AGAPIO
ADVOGADO : FELIPE HILGERT MALLMANN - RS080422
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. QUANTIDADE REDUZIDA DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS DO ART. 319 DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. DECRETAÇÃO DA CONSTRIÇÃO DE OFÍCIO. PREJUDICIALIDADE. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. RECLAMO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. No caso, o acusado foi flagranteado na posse de reduzida quantidade 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.

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

3. Diante da revogação da medida cautelar, a tese de nulidade relativa à decretação de ofício da prisão preventiva ficou prejudicada.

4. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, na extensão, parcialmente provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, caso não se encontre preso por outro motivo, mediante a imposição das 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 e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, 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), 21 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 110.838 - RS (2019/0097647-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : CHARLES ALBERT MACHADO AGAPIO
ADVOGADO : FELIPE HILGERT MALLMANN - RS080422
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por CHARLES ALBERT MACHADO AGAPIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que denegou a ordem visada no HC n. 0029535-03.2019.8.21.7000 para manter a prisão preventiva decretada em seu desfavor nos autos da ação penal em que foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Assevera o recorrente, em síntese, estar sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que não teria sido apresentada fundamentação idônea e adequada para justificar a decretação e a manutenção da sua custódia cautelar, visto que embasada em dados genéricos, atinentes ao tipo penal.

Afirma ainda que *"o d. Magistrado Singular determinou a prisão preventiva sem requerimento do Ministério Público, o que fez, mesmo sem homologar o flagrante, violando, assim, sobremaneira, o sistema acusatório"* (e-STJ fl. 78).

Defende que seria primário, sem antecedentes, com residência fixa e, caso condenado, seria aplicada a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pelo que seria desproporcional a sua segregação antecipada.

Pondera, por fim, que a mera verificação da quantidade de droga e a suposta testemunha que comprova a traficância não seriam argumentos suficientes para a manutenção da prisão, reputando ausentes os requisitos da prisão preventiva, elencados do art. 312 do Código de Processo Penal.

Assim, requer a revogação da sua custódia cautelar, com imposição de medidas cautelares alternativas, sendo determinada a expedição do competente alvará de soltura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contra-arrazoadado o recurso, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas, às e-STJ fls. 238-262, noticiam que a audiência de instrução e julgamento foi designada para o dia 22/5/2019.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 110.838 - RS (2019/0097647-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Dos elementos **colacionados nos autos**, infere-se que o recorrente foi preso em flagrante em **6/2/2019**, sendo decretada sua prisão preventiva no dia seguinte e, posteriormente, denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque teria sido surpreendido trazendo consigo, para fins de marcancia, 12 g (doze gramas) de *crack* e 3 g (três gramas) de maconha, sem autorização legal ou regulamentar.

Quanto aos fatos, narra a denúncia:

*"No dia **06 de fevereiro de 2019**, por volta das 14h40min, na Rua Olímpia, na via pública, próximo ao nº 65, bairro São Tomé, em Viamão, o denunciado **CHARLES ALBERT MACHADO AGAPIO** transportou, trouxe consigo e guardou **76 pedrinhas de cocaína, processadas na forma de crack, pesando aproximadamente 12 g e 02 torrões de maconha, pesando aproximadamente 03 g**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substâncias causadoras de dependência física e psíquica, conforme auto de apreensão da fl. 09 e laudo preliminar de constatação de natureza e quantidade de drogas da fl. 12 do APF*

*Na ocasião, guarnição da Brigada Militar realizava patrulhamento de rotina, quando os policiais visualizaram dois indivíduos **na via pública**, um de frente para o outro.*

Ao perceber a presença da guarnição, o ora denunciado correu, sendo perseguido e contido.

Realizada revista pessoal, com o denunciado foram localizadas as drogas apreendidas no bolso da bermuda deste, além da quantia de RS 569,00, conforme auto de apreensão da fl. 09 do APF" (e-STJ fls. 94-95, grifou-se).

Verifica-se que o Juiz de primeiro grau, em **7/2/2019**, deixou de homologar o auto de prisão em flagrante, por ausência de advogado, mas decretou a prisão preventiva do recorrente, a bem da ordem pública, uma vez que "**a quantidade das drogas apreendidas, bem como o depoimento da testemunha Wladimir indicam, em um juízo a priori, a real possibilidade de que se destinavam à venda e não para**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumo próprio" (e-STJ fl. 119, grifou-se).

Na ocasião, o Magistrado singular acrescentou que, *"em que pese o acusado ser primário e possuir endereço certo, tenho que a concessão de medidas cautelares não se revela adequada e suficiente para impedir a reiteração criminosa"* (e-STJ fl. 120).

Por fim, asseverou que *"as **circunstâncias da apreensão da droga, a variedade de entorpecentes, além do local conhecido por ponto de tráfico**, tenho que a segregação é medida que se impõe para evitar a reiteração delitiva"* (e-STJ fl. 121, grifou-se).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem que, denegou a ordem, considerando, inicialmente, que *"a prisão preventiva do paciente é legal"* (e-STJ fl. 57).

A Corte local ressaltou que *"a prisão preventiva está plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a atuação do paciente na comercialização de entorpecentes"* (e-STJ fl. 59).

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

Com efeito, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o recorrente, necessário se ter em mente que, após a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social.

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 se mostrar 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 '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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 o acusado foi flagrantado na posse de quantidade não significativa de material tóxico - **12 g de crack e 3 g de maconha** -, 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.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRIMARIEDADE. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

3. No caso, não houve a indicação de motivos concretos aptos a justificar a medida extrema, tendo as decisões se limitado a afirmar a gravidade abstrata do delito, o que configura nítido constrangimento ilegal. Além de não ter sido apreendida grande quantidade de droga (10g de crack, 1g de maconha e 1g de cocaína), não há nos autos notícias de envolvimento do paciente em outros delitos, sendo, a princípio, tecnicamente primário e com bons antecedentes, não havendo, portanto, demonstração da necessidade da medida extrema.

4. Demonstrando-se a desproporcionalidade no encarceramento do paciente, deve ser revogada, in casu, a prisão preventiva, sendo suficiente a imposição das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319, do CPP.

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo juiz de primeiro grau, observada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, desde que demonstrada concretamente sua necessidade.

(HC 491.646/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 08/04/2019, grifou-se)

Ademais, ao que consta na Folha de Antecedentes acostada às e-STJ fls. 116-117, **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.

Entrementes, não se pode desprezar que o recorrente 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, imperioso consignar que, diante da revogação da medida cautelar, a tese de nulidade relativa à decretação de ofício da prisão preventiva ficou prejudicada.

Diante do exposto, **conhece-se em parte** do recurso ordinário em *habeas* e, na extensão, **dá-se-lhe parcial provimento** para **revogar a prisão preventiva do recorrente**, determinando sua imediata soltura - caso não se encontre preso por outro motivo -, **mediante a imposição das medidas 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: 2019/0097647-1

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 110.838 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034163320198210039 00295350320198217000 295350320198217000
34163320198210039 70080576267

EM MESA

JULGADO: 21/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CHARLES ALBERT MACHADO AGAPIO

ADVOGADO : FELIPE HILGERT MALLMANN - RS080422

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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 parcial provimento, 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.