



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.235 - SP (2017/0209760-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO QUEIROZ CARBONI NOGUEIRA - SP0302992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT DIEGO SOUZA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 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, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e a primariedade 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 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), 19 de outubro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.235 - SP (2017/0209760-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : EDUARDO QUEIROZ CARBONI NOGUEIRA - SP0302992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT DIEGO SOUZA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROBERT DIEGO SOUZA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2123439-24.2017.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do crime previstos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a decisão que ordenou a prisão preventiva do paciente seria carente de fundamentação idônea, porquanto embasada na gravidade em abstrato do delito, em tese, cometido.

Alega que não teria sido demonstrado, concretamente, de que forma o paciente, em liberdade, poderia causar embaraço à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema previstos no art. 312 do CPP.

Defende, outrossim, que seria desproporcional a manutenção da segregação antecipada do paciente, uma vez que haveria possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, mormente em razão da primariedade do acusado.

Aduz a possibilidade de concessão da liberdade provisória mesmo aos flagrados no cometimento do crime de tráfico de drogas, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06, pelo STF.

Argumenta, por fim, a excepcionalidade da medida extrema, enfatizando que o acusado faria jus a substituição da preventiva por medidas cautelares descritas no art. 319 do CPP, preferencialmente, o comparecimento periódico em juízo e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proibição de ausentar-se da comarca.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que fosse revogada a segregação cautelar do paciente, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.235 - SP (2017/0209760-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, deve-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 dos 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 por este 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 este Superior Tribunal de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 19-6-2017**, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*. c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque, juntamente com um adolescente, trazia consigo, para o fornecimento a consumo de terceiros, 16 (dezesseis) *ependorfs* de cocaína, pesando aproximadamente 7,9g, (sete gramas e nove decigramas), 38 (trinta e oito) porções de maconha, pesando aproximadamente 66,3g (sessenta e seis gramas e três decigramas) e 22 (vinte e duas) porções de *crack*, pesando aproximadamente 11,3g (onze gramas e três decigramas), além da quantia de R\$ 159,75 (cento e cinquenta e nove reais e setenta e cinco centavos), em espécie.

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 19 de junho de 2017, por volta das 21h40min., na Rua Araguaia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paraense, altura do 199, Jardim Helena, nesta cidade e Comarca, ROBERT DIEGO SOUZA SILVA, qualificado às fls. 19/22, agindo previamente ajustado, com identidade de propósitos e desígnios com o adolescente Erison Silva Melho Júnior, trazia consigo, para fins de tráfico (venda ou entrega a terceiros), 16 "eppendorfs" contendo cocaína, pesando 7,9g; 38 trouxinhas de maconha, pesando 66,3g e 22 trouxinhas contendo cocaína em forma de "crack", pesando 11,3g, substâncias entorpecentes, que determinam dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Segundo consta, policiais militares faziam patrulhamento e avistaram o indiciado e o adolescente na via pública. Ao avistaram o carro da polícia, os agentes mostraram certo nervosismo e, assim, foram abordados. Em poder do indiciado, os policiais encontraram as drogas já descritas, e a quantia de R\$ 149,75. Em poder do adolescente, foi encontrada a quantia de R\$ 10,00. Indagados, os dois confessaram informalmente que iriam vender a droga.

Evidente que as drogas se destinavam ao tráfico.

Além da grande quantidade, muito superior à encontrada com verdadeiros usuários, variedade e forma de acondicionamento, o indiciado trazia elevado valor em espécie, produto do crime.

No distrito policial, o menor afirmou que as drogas lhe pertenciam. O indiciado negou a prática do crime" (e-STJ fls. 8-10).

Verifica-se que o Juízo Singular, em audiência de custódia realizada em 20-6-2017, converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva por entender a medida necessária, principalmente, para o fim de restabelecer e preservar a ordem pública, consignando que o *"suposto delito indicado ao investigado é extremamente grave e é de se pontuar que guardava exasperada quantidade de droga"* (e-STJ fl. 13).

Na ocasião, o Magistrado, destacou ainda, que *"quanto ao aspecto subjetivo do indiciado, este é desfavorável. ROBERT, quando menor, foi apreendido por mais de uma vez em razão da prática de ato infracional equiparado à traficância do que desponta a conclusão de que faz deste ato o seu meio de vida"* (e-STJ fl. 13).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, denegou a ordem a ordem visada, salientou que *"em face da natureza gravíssima do crime, equiparado a hediondo, que gera inegável*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desassossego social, trazendo grave inquietação e clamor público, o MM. Juiz a quo, em decisão devidamente fundamentada, converteu a prisão flagrancial do paciente em preventiva, para garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta do delito (fls. 72/73), não se mostrando cabível, in casu, a substituição da prisão cautelar por alguma das medidas cautelares previstas pela Lei nº 12.403/11" (e-STJ fl. 44).

Na oportunidade, asseverou ainda, que "não há que se cogitar da concessão do benefício da liberdade provisória que, por expressa vedação do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, é incabível para o crime atribuído ao paciente, ainda que ele seja primário, com 18 (dezoito) anos de idade e possuidor de bons antecedentes e residência fixa. E, por se tratar de lei especial, não há que se falar em revogação de tal dispositivo legal pela superveniente Lei nº 11.464/07. Se esta manteve a proibição da liberdade provisória com fiança aos autores de crimes hediondos ou a eles equiparados, não é possível se entender que ela teria permitido uma forma menos onerosa de liberdade provisória, sem qualquer ônus" (e-STJ fls. 44-45)

Por fim, considerou o órgão Colegiado, que "alegações de que o paciente, em caso de eventual condenação, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, e, conseqüentemente, à fixação de regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos da Resolução 05/2012 do Senado Federal; não ser o paciente o verdadeiro proprietário da droga, mas sim o menor a quem acompanhava, que foi detido com pequena quantidade de entorpecente; ser o paciente mero usuário de droga) relaciona-se com o mérito, sendo inviável o seu exame nos estreitos limites do presente writ" (e-STJ fl. 47).

Delineado o contexto processual, passa-se à análise dos fundamentos invocados neste reclamo.

Não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o paciente, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma vez que o denunciado foi preso em flagrante delito trazendo consigo e mantendo em depósito reduzida quantidade de material tóxico - **7,9 g de cocaína, 66,3 g de maconha e 11,3 g de crack** -, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Ademais, ao que consta dos autos, **o agente é primário e menor de 21 anos**, predcados que corroboram a conclusão pela desproporcionalidade de sua manutenção no cárcere preventivamente.

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 se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do acusado, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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.

Merece registro, por fim, que o descumprimento das condições aqui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impostas poderá gerar nova decretação da prisão preventiva, de acordo com o previsto no art. 282, § 4º, 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 prisão preventiva da paciente, 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: 2017/0209760-0

HC 413.235 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00515794120178260050 21234392420178260000 51072017 515794120178260050

EM MESA

JULGADO: 19/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: EDUARDO QUEIROZ CARBONI NOGUEIRA - SP0302992
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROBERT DIEGO SOUZA SILVA (PRESO)

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

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.