



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.333 - SP (2017/0140078-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RUANIE CAMILE LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LORRAINE PALOMA DE OLIVEIRA PAULO (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. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA. 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, a custódia antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, e as condições pessoais da agente, primária e sem registro de outros envolvimento criminais.

5. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, substituir a cautelar da prisão pela medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.333 - SP (2017/0140078-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RUANIE CAMILE LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LORRAINE PALOMA DE OLIVEIRA PAULO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LORRAINE PALOMA DE OLIVEIRA PAULO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem visada no *Habeas Corpus* nº 2133710-29.2016.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva da paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a prisão preventiva teria sido ordenada exclusivamente com base na gravidade abstrata do delito, sem indicação de qualquer circunstância concreta, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Salienta condições pessoais favoráveis, tais como primariedade e ausência de antecedentes, bem como residência fixa, predcados que, somados à ínfima quantidade de droga encontrada com a ré na ocasião do flagrante, lhe garantiriam o direito de responder em liberdade à presente ação penal.

Acrescenta que a paciente é mãe de dois filhos menores de 12 anos de idade e estaria amparada pelo Estatuto da Primeira Infância que estabelece que a mulher presa com filhos até 12 anos incompletos teriam direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que fosse revogada a custódia preventiva da paciente ou, subsidiariamente, que a medida extrema fosse substituída por providências cautelares alternativas ou que lhe fosse deferida a prisão domiciliar, permitindo-lhe aguardar o desfecho do processo em liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi deferida para substituir a custódia preventiva da paciente pelas medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, salvo se por outro motivo estivesse presa (e-STJ fls. 277-278) .

Informações prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela confirmação da liminar e concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.333 - SP (2017/0140078-2)

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 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.

Extraí-se dos autos que, **no dia 22-6-2016**, a paciente foi presa em flagrante, convertida a prisão em preventiva, e posteriormente foi denunciada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, porque foi surpreendida, vendendo e trazendo consigo, o total de "10 'papelotes' de cocaína com peso líquido de 9,3 gramas" (e-STJ fl. 125).

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que:

Segundo o apurado, a denunciada se dirigiu ao local dos fatos, levando consigo entorpecente para a entrega e consumo de terceiros.

Na ocasião, policiais civis dirigiram-se até o local dos fatos a fim de se constatarem informações sobre tráfico de drogas na localidade, e, ao perceberem a denunciada em atitude suspeita, decidiram prostar-se em um ponto de observação privilegiado, verificando que pessoas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entregavam dinheiro à denunciada a qual retribuía com algo parecido com droga.

A conduta da ora denunciada chamou a atenção dos policiais, que decidiram abordá-la.

Realizada busca pessoal, em poder de LORRAINE foram encontrados consigo 10 "papelotes" de cocaína com peso líquido de 9,3 gramas, inclusive R\$ 20,00 proveniente da venda das substâncias entorpecentes.

Ante o estado de flagrância, foi dada voz de prisão. (e-STJ fls. 125-126)

Verifica-se que o Juízo Singular, **no dia 23-6-2016**, converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva, notadamente a bem da ordem pública, destacando que *"a autuada foi detida em flagrante quando, supostamente, praticava o nefasto delito de tráfico de entorpecentes de cocaína, situação na qual foram apreendidas (dez) porções, contendo 29,34 gramas de peso bruto, situação que evidencia o seu envolvimento com atividades criminosas, sendo, portanto, ineficaz a aplicação de qualquer outra medida que não a prisão preventiva"* (e-STJ fls. 217-218).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante a Corte Estadual, que, por sua vez, denegou a ordem visada, sob o entendimento de que a manutenção da custódia cautelar da paciente seria absolutamente imprescindível, a bem da ordem pública, que considerou fragilizada diante das circunstâncias da prisão em flagrante, destacando que a ré foi surpreendida "por policiais militares em atos de mercância ilícita e em posse de 10 porções de cocaína, pesando cerca de 30 gramas, que estavam escondidas em suas vestes íntimas, além de R\$ 20,00 em dinheiro, provenientes da venda de droga" (e-STJ fls. 269-270).

Por fim, consignou o Colegiado Estadual que, seria *"inviável também o pleito subsidiário embasado na superveniência da Lei nº 13.257/2016, que modificou as hipóteses autorizadoras de prisão domiciliar"*, uma vez que *"a paciente não demonstrou que seus filhos estão em situação de risco ou mesmo que estariam desamparados"* (e-STJ fl. 271).

Nesse panorama, inicialmente, no que tange aos fundamentos da segregação, forçoso reconhecer que assiste razão em parte à impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É que, levando-se em consideração 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, as circunstâncias do caso autorizam a conclusão pela suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas, uma vez que, na diligência que resultou no flagrante, em poder da paciente foi apreendida reduzida quantidade de entorpecente - 9,3 gramas (peso líquido) de cocaína (e-STJ fl. 244) -, 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 se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais da agente que, ao que parece, é primária e não ostenta outros registros criminais (e-STJ fls. 299-300).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 Corte.

[...]

Ora, na hipótese dos autos, as condições pessoais favoráveis da ré, surpreendida 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, apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das peculiaridades do caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Merece registro, por fim, que o descumprimento das condições aqui 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, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, 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: 2017/0140078-2

HC 403.333 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008318720168260616 20160000722742 21337102920168260000 26062016
8318720168260616

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 : RUANIE CAMILE LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LORRAINE PALOMA DE OLIVEIRA PAULO (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 e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.