



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.947 - SP (2016/0207283-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FERNANDO BAGGIO BARBIERE
ADVOGADO : FERNANDO BAGGIO BARBIERE - SP298588
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON SOUZA DE MELO (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, não obstante a reprovabilidade da conduta, 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 e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 22 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.947 - SP (2016/0207283-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FERNANDO BAGGIO BARBIERE
ADVOGADO : FERNANDO BAGGIO BARBIERE - SP298588
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON SOUZA DE MELO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JEFFERSON SOUZA DE MELO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* de nº 2211653-59.2015.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente nos autos da ação penal a que responde pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Alega o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar a necessidade da segregação antecipada do paciente, uma vez que baseada na gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes.

Assevera que não foram apontados elementos concretos que evidenciassem que o acusado, em liberdade, pudesse vir a causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos da medida extrema, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Enfatiza a excepcionalidade da custódia *ante tempus* que, com o advento da Lei 12.403/2011, somente deveria ser imposta quando incabível a aplicação de medidas alternativas.

Defende, por fim, a desproporcionalidade da constrição, já que, em caso de eventual condenação, faria-se possível a concessão de benefícios legais ao paciente, como a imposição de regime aberto e a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, sobretudo diante das condições pessoais favoráveis do agente e tempo de prisão processual já cumprido, aduzindo que, na hipótese, seria suficiente a incidência de cautelares mais brandas (art. 319 do CPP).

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a fixação das medidas cautelares diversas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.947 - SP (2016/0207283-8)

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 a 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.

Compulsando os elementos dos autos, constata-se que o paciente foi preso em flagrante, convertida a custódia em preventiva e restou denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque , *"no dia 02 de outubro de 2015, por volta das 15h40min, [...], nesta cidade e comarca de Birigui, [...] trazia consigo e ocultava para entrega e consumo de terceiro, 14,45 gramas de Benzoilmetilecgonina, droga vulgarmente conhecida como cocaína, distribuídos em 10 (dez) microtubos plásticos e em 11 (onze) invólucros envoltos por papel alumínio, bem como 45,64 gramas de tetrahydrocannabinol, [...], droga vulgarmente conhecida como maconha [...], distribuídos em duas porções médias"* (e-STJ fls. 116-117).

Verifica-se que o Juízo Singular, no dia 3-10-2015, converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto entendeu a medida necessária principalmente para o fim de restabelecer e preservar a ordem pública, evitando a reiteração delituosa, *"uma*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vez que o delito de tráfico só cessa com a prisão da pessoa que o realiza", tendo reputado inadequadas ao caso, outrossim, "*quaisquer das outras medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas pelo art. 319, do Código de Processo Penal*" (e-STJ fl. 119).

Sobrevieram pedidos sucessivos de liberdade provisória, todos indeferidos pelo Togado processante, respectivamente em 20-11-2015 (e-STJ fls. 58-60), 24-11-2015 (e-STJ fls. 61-62), 22-2-2016 (e-STJ fls. 80-82) e 18-7-2016 (e-STJ fls. 99-100), sob o entendimento de que permaneceriam incólumes os requisitos ensejadores da custódia.

Na decisão proferida em 24-11-2015, ponderou o Magistrado que o acusado "*está sendo investigado pela prática de crime de tráfico de entorpecentes, as circunstâncias em que foi cometido e a forma em que foi encontrada a droga em poder do autuado indicam a natureza da infração, caracterizando a mercancia, o que, por si só, já justificam a custódia cautelar*", ponderando, ao final que "*o autuado aduz possuir bons antecedentes, emprego lícito e residência fixa. Todavia, tal alegação, por si só, nada altera o panorama da questão, já que a evidente materialidade do crime e os indícios de autoria devem preponderar sobre as circunstâncias acima mencionadas*" (e-STJ fls. 61-62).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por unanimidade, denegou a ordem, considerando que "*efetivamente presentes, no caso concreto, os motivos autorizadores da prisão preventiva, deve prevalecer a necessidade de ser garantida a correta instrução criminal, a efetiva aplicação da lei penal, bem como a tranquilidade e a segurança do corpo social*" (e-STJ fl. 142).

Na oportunidade, ponderou o Colegiado Estadual que "*apesar do ora paciente não ostentar antecedentes, o caso ora em apreço exige uma análise mais criteriosa em razão da quantidade de entorpecente apreendida, bem como a forma como estava acondicionada*" (e-STJ fl. 141), concluindo, ao final, que a "*aplicação das medidas cautelares enumeradas pelo legislador na atual redação do art. 319 do CPP é, de outra parte, descabida, eis que se fazem presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva*" (e-STJ fl. 143).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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, uma vez que o denunciado foi preso em flagrante delito na posse de reduzida quantidade de material tóxico - **14,45 gramas de cocaína e 45,64 gramas de maconha, que não se pode dizer expressiva** -, 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 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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, observa-se que **o agente é primário e foi surpreendido na posse de pequena quantidade de material tóxico**, particularidades que, certamente, não podem ser desconsideradas pelo julgador, mormente em se tratando do direito à liberdade, e que **indicam a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os fins acautelatórios pretendidos**.

Nesse contexto, apresentando-se as providências 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 imposição das medidas 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 substituir a cautelar da prisão pelas 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: 2016/0207283-8

HC 365.947 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006454020158260077 00103837820158260077 103837820158260077 20150000933658
22116535920158260000 6454020158260077

EM MESA

JULGADO: 22/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO BAGGIO BARBIERE
ADVOGADO : FERNANDO BAGGIO BARBIERE - SP298588
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON SOUZA DE MELO (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 e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.