



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.591 - SP (2017/0265369-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS DO RÉU. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADO. *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 material tóxico apreendido 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, 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), 05 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.591 - SP (2017/0265369-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP0235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GABRIEL PEREIRA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem visada no *Writ* de n. 2127829-37.2017.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para o decreto e a manutenção da custódia cautelar do paciente, uma vez que embasada na gravidade em abstrato do delito.

Defende que não foram indicados elementos concretos que evidenciassem de que forma a liberdade do paciente poderia causar embaraço à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, previstos no art. 312 do CPP.

Alega que não teria sido demonstrada situação de traficância, aduzindo que o material tóxico encontrado na ocasião do flagrante seria destinado ao consumo do próprio agente.

Pondera que o agente foi flagrado na posse de pequena quantidade de material tóxico, bem como que o agente seria primário, menor de 21 anos, ostentaria bons antecedentes e possuiria residência fixa, predicados que denotariam a desproporcionalidade da sua prisão preventiva em relação ao provável resultado final do processo.

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.591 - SP (2017/0265369-2)

VOTO

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 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.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 16-3-2017**, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, porque, *"trazia consigo drogas, para entrega ao consumo de terceiros, consistentes em 23 (vinte e três) invólucros plásticos contendo cocaína na forma de crack, com peso líquido de 4,76 gramas, e 64 (sessenta e quatro) invólucros plásticos contendo cocaína na forma de crack, com peso líquido de 14,53"* (e-STJ fl. 11).

Quanto aos fatos, consta na exordial acusatória o seguinte:

Segundo o apurado, policiais civis realizavam diligências no local dos fatos, conhecido como ponto de tráfico de drogas, momento em que observaram uma movimentação na viela e, ao se aproximarem, ali avistaram o denunciado, o qual, ao perceber a presença policial, demonstrou nervosismo, razão pela qual foi abordado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em revista pessoal, os agentes da lei encontraram, no bolso da bermuda do denunciado, 23 (vinte e três) invólucros plásticos de cor azul contendo cocaína na forma de crack e 64 (sessenta e quatro) invólucros plásticos de cor preta contendo cocaína na forma de crack, bem como a quantia de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), em dinheiro. Indagado sobre os fatos, o denunciado admitiu a prática delitiva, salientando que vende a porção de crack embalada em plástico de cor preta pela quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) cada e a embalada em plástico da cor azul por R\$ 10,00 (dez reais) cada.

Pela grande quantidade e forma de acondicionamento das drogas, bem como pelo encontro de elevada quantia em dinheiro, além da confissão informalmente feita pelo denunciado aos policiais civis, é certo que as drogas destinavam-se a entrega ao consumo de terceiros.

É dos autos que o denunciado registra passagem por ato infracional análogo ao presente delito. (e-STJ fls.11-12)

Verifica-se que, no dia **17-3-2017**, o Juízo Plantonista homologou a prisão em flagrante e converteu-a em preventiva, entendendo que "as circunstâncias em que praticado o crime evidenciam a perigosidade incomum de seu autor, exigindo seu afastamento do convívio social, mostrando-se, no caso, recomendável a conversão do flagrante em prisão preventiva, amparada pela garantia da ordem pública, de maneira a evitar que persista na prática de atos que continuem pondo em risco a paz social, até mesmo porque a quantidade de droga apreendida, aliada às suas declarações nesta audiência de custódia, poderiam indicar que o conduzido estaria fazendo do crime o seu meio de vida" (e-STJ fls. 15-16).

Acrescentou o Togado que "o indiciado admitiu ter sido apreendido por ato infracional equiparado ao tráfico em 2016, quando foi beneficiado com liberdade assistida. Assim, a existência de registro anterior de ato infracional similar recomenda a manutenção da custódia pois, embora não seja considerado para apuração de maus antecedentes e reincidência, não deixa de indicar vínculo mais estreito e antigo entre o indiciado e o comércio de drogas, a ensejar a adoção de cautelas adicionais" (e-STJ fl. 16) , razões pelas quais também concluiu que "outras medidas cautelares alternativas à prisão seriam inadequadas e inócuas para a gravidade do delito" (e-STJ fl. 15).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, entendendo suficiente e fundamentada a decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de primeiro grau, denegou a ordem, mantendo a constrição processual do paciente a bem da ordem pública e social ao argumento de que *"a liberdade ou mesmo medidas cautelares diversas não guardarão proporção com as circunstâncias fáticas do evento, não sendo, 'in casu', socialmente recomendáveis"* (e-STJ fl. 23).

Delineado o contexto processual, quanto à aventada ilegalidade da prisão preventiva do paciente, verifica-se que assiste parcial razão ao impetrante.

Com efeito, 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 - **aproximadamente 19,29 gramas 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 de idade**, predicados 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 réu, surpreendido na posse de pequena quantidade de material tóxico - particularidades que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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: 2017/0265369-2

HC 420.591 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006109820178260542 2017000611473 21278293720178260000 6109820178260542
81717

EM MESA

JULGADO: 05/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL PEREIRA DOS SANTOS (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.