



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.827 - SP (2016/0299815-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO FRANCISCO DE CARVALHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESACATO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. 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 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, 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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.827 - SP (2016/0299815-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO FRANCISCO DE CARVALHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FABIANO FRANCISCO DE CARVALHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* de n. 0075193-02.2015.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 331 do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a decisão que ordenou a prisão preventiva do paciente é carente de fundamentação concreta, porquanto embasada na gravidade em abstrato do delito, em tese, cometido, reputando ausentes os requisitos da medida extrema, previstos no art. 312 do CPP, e malferindo o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Alega que o paciente é primário, possui bons antecedentes, residência fixa, trabalho lícito e família constituída, predicados que lhe autorizariam a responder solto ao processo, sobretudo em razão da ínfima quantidade de droga apreendida.

Aduz que não foram apontados elementos concretos que demonstrassem de que forma o paciente, em liberdade, pudesse vir a causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Defende, outrossim, que seria desproporcional a manutenção da segregação antecipada, uma vez que haveria grande possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, e a consequente fixação de regime inicial menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Destaca a excepcionalidade da medida extrema, enfatizando que o paciente faria jus a substituição da preventiva por medidas cautelares descritas no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

319 do CPP, preferencialmente, aquela consistente no comparecimento periódico em Juízo.

Acrescenta, por fim, 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.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que fosse deferida a liberdade provisória ao paciente, concedendo-lhe o direito de responder solto a presente ação penal, expedindo-se, em seu favor, o competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício, para *"revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a possibilidade de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, sem prejuízo da análise de aplicação de medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal"* (e-STJ fls. 358-362).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.827 - SP (2016/0299815-6)

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 4-10-2015**, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 331 do Código Penal, porque, tinha em depósito e trazia consigo, para o fornecimento a consumo de terceiros, 29 porções de maconha, pesando aproximadamente 31,9 g (trinta e um gramas e novecentos miligramas). Consta ainda, que na ocasião teria desacatado aos policiais.

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

"Segundo o apurado, o denunciado se dedicava à traficância e trazia consigo 29 porções de "maconha", individualmente embaladas em material plástico e prontas para a venda. Na oportunidade, ele foi visto por policiais militares, na frente da residência, entregando outra porção da mesma substância a um usuário não identificado, que, ao perceber



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a aproximação dos agentes estatais, saiu correndo.

Os milicianos foram até a citada casa, sendo recebidos por ele com as seguintes ofensas: "seus pau no cu, aqui ninguém tem direito de entrar na minha casa; não gosto de polícia, são tudo pau no cu".

Sua esposa acabou abrindo o portão, o que permitiu a entrada dos agentes estatais. Ele, diante disso, acabou admitindo que portava entorpecente, sendo encontradas, em seu bolso, as 29 (vinte e nove) porções de maconha, bem como, a quantia, em espécie, de R\$ 60,00 (sessenta reais), em notas diversas.

Destarte, considerando a natureza e quantidade de droga apreendida, a forma como foi descoberta, o acondicionamento, a quantia em dinheiro e as demais circunstâncias da abordagem, conclui-se que o entorpecente realmente lhe pertencia e era destinado a consumo de terceiros, em atividade de tráfico". (e-STJ fls. 23-25)

Verifica-se que, em 4-10-2015, o Juízo Plantonista homologou a prisão em flagrante e converteu-a em preventiva, considerando a medida necessária para a garantia da ordem pública, dada a gravidade concreta da conduta perpetrada, consignando que *"a par da prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria do crime tráfico de entorpecente, considerando-se as-circunstâncias da prisão, a quantidade da substância apreendida (29 porções), individualmente embalada para a venda, bem assim a localização, com o indiciado, de numerário cuja origem não foi comprovada, impõe-se também a manutenção da custódia cautelar para resguardo da ordem pública"* (e-STJ fls. 103), razão pela qual, concluiu pela impossibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por unanimidade, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, mantendo a constrição processual sobretudo a bem da ordem pública, tendo mencionado, ainda, a vedação legal à concessão de liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

Na oportunidade, o Colegiado ponderou, outrossim, que *"como decorrência lógica da vedação da liberdade provisória, temos que também não podem ser aplicadas aos acusados de tráfico ilícito de entorpecentes as medidas cautelares agora previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal"* (e-STJ fls. 22).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, uma vez que o denunciado foi preso em flagrante delito na posse de reduzida quantidade de material tóxico - **29 (vinte e nove) porções de maconha, contendo aproximadamente 31,9 g (trinta e um gramas e novecentos miligramas)** -, 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**, predicado que corrobora 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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: 2016/0299815-6

HC 378.827 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002608220158260574 00751930220158260000 156215 15622015 20160000221105
2608220158260574 40132015 751930220158260000

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO FRANCISCO DE CARVALHO (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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.