



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 72.828 - SP (2016/0174974-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : DERITON DE SOUZA CAVALHEIRO (PRESO)
ADVOGADO : FRANCO CORTEZ MENDONCA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ENVOLVIMENTO DE MENOR. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. SUPRESSÃO. 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. RECLAMO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO EM MENOR EXTENSÃO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da tese referente à ausência de indícios de autoria, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

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 mostrar 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 as condições pessoais do agente, que é jovem e com domicílio fixo.

5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em menor extensão para substituir a custódia preventiva do recorrente pelas medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento em menor extensão, 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), 04 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 72.828 - SP (2016/0174974-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : DERITON DE SOUZA CAVALHEIRO (PRESO)
ADVOGADO : FRANCO CORTEZ MENDONCA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por DERITON DE SOUZA CAVALHEIRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n.º 2076912-48.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do recorrente nos autos da ação penal em que responde pela suposta prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/2006.

Sustenta o recorrente a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar a ordenação e manutenção da sua prisão preventiva, uma vez que embasada na gravidade abstrata do delito.

Alega que não mais subiste a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de drogas, uma vez que o art. 44 da Lei 11.343/06 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Destaca a excepcionalidade da segregação *ante tempus* que, com o advento da Lei nº 12.403/2011, somente deveria ser imposta quando demonstrada a insuficiência da aplicação de providências cautelares alternativas, previstas no art. 319 do CPP, que considera serem cabíveis à hipótese.

Pondera que não restou demonstrado, concretamente, como a sua liberdade poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do CPP.

Assevera não haver provas de autoria a ele atribuída, destacando que havia mais pessoas no local onde a droga restou apreendida.

Afirma ser primário, de bons antecedentes, com profissão definida e residência fixa, predcados que lhe garantiriam o direito de responder ao feito em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade.

Requer o provimento do recurso a fim de que seja revogada a sua prisão preventiva, com a expedição do competente alvará de soltura em seu favor ou, lhe sejam aplicadas as medidas cautelares alternativas.

Contrarrazoado o reclamo, os autos ascenderam a esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 72.828 - SP (2016/0174974-3) VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Extraí-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante **no dia 10-3-2016**, convertida a prisão em preventiva, e posteriormente restou denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, porque, juntamente com uma adolescente, vendeu e mantinha em depósito, 13 (treze) invólucros de cocaína, com peso de 4,01 g (quatro gramas e um decigrama).

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

Segundo restou apurado, DERITON havia sido indicado como a pessoa que promovia a venda de drogas naquela, localidade. No dia dos fatos, policiais militares visualizaram o usuário de drogas Wesley, conhecido como "Homim", entrando na residência de DERITON. Logo em seguida, Wesley deixou o imóvel e, nesse momento, foi abordado.

Durante a busca pessoal os agentes encontraram três invólucros de cocaína, ocasião em que Wesley confirmou que adquiriu a droga por R\$ 40,00 naquela residência.

Então, DERITON saiu à porta da sua casa e também foi abordado, sendo localizada a quantia de R\$ 110,00 em notas miúdas. Ato contínuo, os milicianos realizaram buscas na residência e encontraram outros treze invólucros de cocaína, os quais estavam no interior de coração de pelúcia pendurado na parede.

DERITON envolveu a adolescente R. A. G. na prática do crime de tráfico, eis que ela era amásia do denunciado e participou da venda da droga.

As circunstâncias da prisão, a existência de delação anterior e "o modo de acondicionamento da droga demonstram que seria ela destinada ao comércio ilícito.

Verifica-se que o Juízo Singular converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto a entendeu necessária especialmente para a garantia da ordem pública, dada a gravidade efetiva do crime perpetrado, destacando *"a apreensão do material ilícito, localizado em um objeto de pelúcia pendurado em uma parede com forte sugestão de se tentar camuflar a mercancia"* (e-STJ Fls. 39).

Acrescentou que *"há de se considerar a quantidade de porções apreendidas, num total de 10 e ainda a quantia em moeda corrente"* (e-STJ Fls. 39), o que *"indica o envolvimento de Deriton com a autoria e a sua periculosidade em concreto"* (e-STJ Fls. 39), concluindo, assim, pela insuficiência e inadequação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medidas cautelares alternativas.

Formulado pedido de revogação da prisão preventiva, restou o pleito indeferido, por considerar o Togado que persistiam os motivos que ensejaram a imposição da custódia processual, ressaltando que *"não parece razoável, diante das circunstâncias, crer que alguém que não o responsável pelo imóvel, armazenaria substância entorpecente em seu interior, sem o consentimento daquele, ainda mais valendo-se de objeto pendurado em uma das paredes"* (e-STJ Fls. 26 e 27).

Asseverou também que *"as condições pessoais do postulante, isoladamente, não afastam a necessidade da constrição"* (e-STJ Fls. 27).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que denegou a ordem, ao argumento de que a questão referente à negativa de autoria *"confunde-se com o mérito, e dele não se cuida nos estreitos e sumaríssimos limites cognitivos da ação constitucional"* (e-STJ Fls. 47).

Além de mencionar a vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei 11.343/06, aduziu que *"a r. decisão vergastada está bem fundamentada"* (e-STJ fls. 50).

Delineado o contexto fático, inicialmente, no que se refere às teses de ausência de indícios de autoria, observa-se que a Corte originária deixou de examinar as matérias no acórdão impetrado, circunstância que impede sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância.

De mais a mais, a tese de fragilidade das provas quanto à participação no delito que é atribuído ao paciente é questão que não pode ser dirimida na via sumária do recurso ordinário em *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas a serem produzidas no curso da respectiva instrução criminal, devendo ser solucionadas na sede e juízo próprios, consoante reiteradas decisões deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NEGATIVA DE AUTORIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

(...)

2. O habeas corpus não é o meio adequado para a análise de tese de negativa de autoria ou participação por exigir, necessariamente, uma avaliação do conteúdo fático-probatório, procedimento incompatível com a via estreita do writ, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 356.116/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 13/06/2016)

Por outro lado, analisando-se os autos, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, pois o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 104.339/SP, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, declarou, por maioria, incidentalmente, a concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes, de modo que, para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra a recorrente, 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 - **4,01 g (quatro gramas e um decigrama de cocaína -**, 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)*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, totalmente favoráveis, já que é jovem e tem domicílio fixo, conforme e-STJ Fl. 18.

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em que pese a reprovabilidade da conduta, 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 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.

Diante do exposto, **conhece-se parcialmente** do recurso ordinário para, nesta parte, **dar-lhe provimento em menor extensão** para substituir a medida cautelar da prisão preventiva do recorrente pelas 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: 2016/0174974-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 72.828 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006183920168260242 0030000 20769124820168260000 30000 579/2016 5792016
RI003ARZG0000

EM MESA

JULGADO: 04/08/2016

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

RECORRENTE : DERITON DE SOUZA CAVALHEIRO (PRESO)

ADVOGADO : FRANCO CORTEZ MENDONCA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento em menor extensão, 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.