



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.902 - SP (2017/0185135-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO
ADVOGADO : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. MESMOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. TESE NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO FATO CRIMINOSO. ART. 44 DA LEI DE DROGAS. INCONSTITUCIONALIDADE. REDUZIDA QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS DO ART. 319 DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal 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. O advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva quando os fundamentos que levaram à manutenção da segregação foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva, não havendo se falar em prejudicialidade do remédio constitucional.

3. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegação de desclassificação do tráfico de entorpecentes, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, tendo em vista que a matéria não foi analisada no aresto combatido.

4. Há flagrante constrangimento ilegal quando a constrição corporal encontra-se fundada na gravidade em abstrato dos fatos criminosos denunciados, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indique a sua indispensabilidade, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se suficiente, assim, a imposição de medidas cautelares



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alternativas.

5. No caso, não obstante a reprovabilidade da conduta praticada pelo recorrente, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e as suas condições pessoais favoráveis.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida 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.

Brasília (DF), 05 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.902 - SP (2017/0185135-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO
ADVOGADO : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI - Relator: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem nos autos do *Writ* n. 2098747-58.2017.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente decretada na ação penal em que responde pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/06.

Em extensa petição, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar a manutenção da custódia cautelar do paciente, porquanto embasada somente na gravidade em abstrato do delito e em dados genéricos, sem particularidades com o caso, em manifesta violação ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Defende a ausência de indicação de elementos concretos que demonstrem de que forma, em liberdade, o acusado poderia causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Afirma que a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Aduz que o paciente é primário, de bons antecedentes e, deste modo, em caso de eventual condenação fará jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, ou a regime inicial menos gravoso e à substituição da pena corporal por restritivas de direito, razão pela qual seria desproporcional a sua segregação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipada.

Pondera que o paciente é mero usuário de drogas, porquanto foi surpreendido com ínfima quantidade de maconha, substância que tem pequeno potencial lesivo.

Arrematando, assevera que o recolhimento antecipado ao cárcere é medida excepcional, destacando que a hipótese dos autos comportaria a substituição da prisão por providências cautelares menos gravosas (art. 319 do Código de Processo Penal).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja permitido ao paciente responder ao processo em liberdade, com a expedição do competente alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 66-67).

Informações prestadas noticiam que o paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06, e, posteriormente, condenado por estes crimes às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, ocasião em que lhe foi negado o direito de apelar em liberdade (e-STJ fls. 73-85 e 96-108).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.902 - SP (2017/0185135-3)

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI: De se destacar inicialmente que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no art. 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos arts. 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 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 presente 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 qualquer das hipóteses elencadas no art. 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 esta Corte Superior de Justiça.

Da análise dos elementos carreados nos autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 29/5/2017**, convertida a prisão em preventiva no mesmo dia, e, posteriormente, denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06, porque supostamente trazia consigo e mantinha em depósito, para entrega a terceiros, 5 (cinco) porções de maconha, com peso bruto total de 5,16 g (cinco gramas e dezesseis centigramas), e 1,36 g (um grama e trinta e seis centigramas) de *crack*, fracionada em 5 (cinco) porções, tudo conforme o laudo de constatação às fls. 51-55 (e-STJ).

Quanto aos fatos, extrai-se do boletim de ocorrência que:

"Comparecem os policiais militares da Força Tática informando que se deslocavam para uma averiguação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*roubo a estabelecimento comercial no bairro Tabãozinho e no caminho avistaram dois indivíduos a bordo de uma motocicleta em atitudes suspeitas, então resolveram abordá-los. Que em posse de Gaspar encontraram 10 porções de crack e em posse de Fernando nada de ilícito foi encontrado. Indagados Gaspar disse que são **usuários e que haviam acabado de trocar um televisor pelas 10 pedras de crack e iriam dividir o entorpecente**. Que em seguida indicaram onde era a **residência de Alexandre que foi quem juntamente com o adolescente DANIEL e o indiciado JOÃO, vendido o entorpecente para eles**. Que se deslocaram para residência dele, quando ao se aproximarem avistaram um indivíduo de bicicleta que ao perceber a aproximação da viatura, saiu correndo para o interior do imóvel e os policiais foram atrás de tal indivíduo. Que **no interior do imóvel estava Alexandre, o indivíduo que correu que era João e o adolescente Daniel**. Que em busca na residência, localizaram **5 porções de maconha, uma embalagem preta de plástico, R\$ 290,00 e embalagens transparentes**. Que em seguida foram até a **residência de João, encontrando no interior 5 porções de crack, embalagens transparentes e RS 15,00 na carteira de João**. Diante dos fatos conduziram o entorpecente para esta unidade policial. A Autoridade Policial após tomar ciência dos fatos deu voz de prisão a Alexandre e João e realizou a apreensão do adolescente Daniel pelo Táfico de Drogas. Os entorpecentes foram exibidos e apreendidos e posteriormente encaminhados ao IC. O televisor, dinheiro e objetos foram exibidos e apreendidos" (e-STJ fls. 48-49).*

Verifica-se que o Juiz monocrático, em audiência de custódia realizada em **29/5/2017**, converteu o flagrante do paciente em prisão preventiva, exarando que *"a manutenção do acusado no cárcere é medida que se impõem a fim de se garantir a ordem pública, máxime perante a sociedade local e diante da situação atual do País, em que tanto se discute a questão da impunidade, sendo prematura a liberação sem a disseminação dos efeitos da conduta perpetrada"* (e-STJ fls. 29-30).

Na oportunidade, o Togado singular concluiu ainda pela inadequação das medidas cautelares diversas da prisão.

Inconformada, a defesa ingressou com *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, ao fundamento de que a decisão de 1º grau encontra-se devidamente fundamentada, destacando estar *"verificada a existência do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime e indícios suficientes de autoria, concluindo estarem preenchidos os requisitos legais dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, visando à garantia da ordem pública" (e-STJ fl. 60).

Salientou a Corte estadual que a prisão se mostra necessária como forma de resguardar a ordem pública, uma vez que *"a natureza e diversidade das drogas apreendidas, 05 porções de 'crack' e 05 porções de maconha, justifica, por si só, a segregação do paciente da sociedade, pelo excessivo mal que podem causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários das drogas traficadas até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença e, consequentemente, periculosidade do paciente" (e-STJ fl. 60).*

No que tange às condições pessoais do acusado, pontuou o Colegiado a quo que *"a alegada primariedade do paciente não pode, isoladamente, justificar a sua soltura, inclusive porque há fundados indícios da autoria do crime, pelo qual foi ele preso em flagrante delito" (e-STJ fl. 60).*

Por fim, ponderou-se no acórdão ora impugando que, *"pelo fato de se tratar de tráfico de entorpecente, não se admite a concessão do benefício da liberdade provisória, por força do art. 44, 'caput', da Lei nº 11.343/06, dispositivo legal não derogado pela Lei nº 11.464/07 e que está em perfeita sintonia com o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos fatos definidos como crimes hediondos" (e-STJ fls. 60-61) e, que por esta razão, é inadmissível a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.*

Pois bem.

Delineado o contexto fático-processual, insta consignar que o advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva, uma vez que, segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Sodalício, somente há novo título prisional quando se trazem novos motivos para a manutenção da prisão cautelar por ocasião da sentença. Quando os fundamentos que levaram à manutenção da preventiva foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva, **que se entendeu persistirem**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no caso, não há o que se falar em prejudicialidade do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar da Corte Suprema:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTÉM OS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo a jurisprudência do STF, não há perda de objeto do habeas corpus quando a sentença condenatória superveniente mantém a custódia cautelar pelos mesmos fundamentos do decreto de prisão preventiva originário. Não há razão lógica e jurídica para obrigar a defesa a renovar o pedido de liberdade perante as instâncias subsequentes, impondo-lhe a obrigação de impugnar novamente os mesmos fundamentos que embasaram a custódia cautelar. O que acarreta a prejudicialidade da impetração é a sentença posterior que invoca motivação diversa do decreto prisional anterior. Precedentes.

2. Não revela suficiente, para impedir o exame da impetração, a alegação genérica e automática de que a sentença condenatória superveniente configura o surgimento de um novo título prisional (agora respaldado nos elementos de prova colhidos na instrução criminal), pois os argumentos da espécie não guardam, evidentemente, pertinência com os pressupostos de cautelaridade inerentes à prisão preventiva (art. 312 do CPP).

3. No caso, o Min. Relator do Superior Tribunal de Justiça julgou prejudicado o pedido de habeas corpus, sob o fundamento de que a superveniência de novo título teria inaugurado "situação processual nova, diversa da apresentada à autoridade responsável pela constrição". Entretanto, a sentença condenatória manteve a segregação cautelar do paciente sob os mesmos do decreto de prisão preventiva anterior.

4. Ordem concedida para que o Superior Tribunal de Justiça apresente o habeas corpus a novo julgamento.

(HC 119183, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014, grifou-se).

E deste Superior Tribunal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. PEDIDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREJUDICADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos.

Assim, conveniente a apreciação das alegações apresentadas na impetração.

[...]

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

4. A prisão preventiva está devidamente justificada na necessidade de proteção à ordem pública, tendo em vista as circunstâncias do flagrante, quando foram apreendidas, além da droga, arma de fogo e munições. Ademais, ressaltado o envolvimento do recorrente em atividades ilícitas, já ostentando uma condenação por porte de arma de fogo.

[...]

6. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 80.147/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017, grifou-se).

Ademais, não há como se examinar a alegada desclassificação da conduta de tráfico de entorpecentes, pois tal questão não foi debatida no acórdão objurgado.

Cumprido destacar que a competência deste Superior Tribunal de Justiça está expressamente prevista no art. 105 e incisos da Constituição Federal, exigindo, para conhecimento da matéria trazida em caso de *habeas corpus* e do seu recurso, a existência de ato coator de Tribunal sujeito à sua jurisdição ou de quaisquer das outras autoridades elencadas no inciso I, alíneas "b" e "c", da Carta Magna/88, o que não se vislumbra ocorrer na hipótese, pois as alegações deduzidas na inicial **sequer foram apresentadas para deliberação** pelo Tribunal de origem, a indicar a atuação deste Sodalício em indevida supressão de instância.

A propósito, confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. TESES DE DESCLASSIFICAÇÃO E CRIME IMPOSSÍVEL. MATÉRIAS NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DO ENCARCERAMENTO. CONTEXTO FÁTICO REGENTE DAS IMPUTAÇÕES. SITUAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE PARA O ENCARCERAMENTO DA RECORRENTE. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DO ERGÁSTULO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. As teses de desclassificação e de crime impossível não foram examinadas pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, serem apreciadas as matérias por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

6. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido a fim de substituir a prisão preventiva da insurgente por medidas cautelares diversas do encarceramento, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, quais sejam, I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo magistrado de primeiro grau, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ao estabelecimento prisional em que se encontra o seu namorado/companheiro até o final da ação penal em liça e IV - proibição de ausentar-se da Comarca no transcurso da instrução criminal; sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar mais outras medidas implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

(RHC 90.860/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017, grifou-se)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Acerca da desclassificação da conduta do recorrente de tráfico de drogas para uso de entorpecente, descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não há como esta Corte Superior desconstituir as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias sobre a tipificação apenas com base na alegação da defesa. Tal providência demanda o reexame aprofundado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provas, inviável na via estreita do recurso em habeas corpus.

[...]

(HC 343.640/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 29/03/2016, grifou-se)

Noutro giro, no que tange aos fundamentos da prisão preventiva, tem-se que **assiste razão em parte ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.**

Na espécie, da leitura das decisões apontadas, verifica-se que as instâncias ordinárias utilizaram-se da gravidade genérica e da impossibilidade de concessão de liberdade provisória ao delito de tráfico de drogas, em razão do art. 44, da Lei n. 11.343/06 - declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal -, para embasar a custódia do paciente, argumentos que, por si sós, não justificam a segregação antecipada.

É que para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, possa subsistir, devem estar presentes não apenas as hipóteses do art. 312 da lei penal adjetiva, devendo o Togado, ao determinar sua imposição, indicar os elementos concretos de modo a correlacioná-los aos pressupostos legais para a ordenação e manutenção do sequestro corporal.

E, na hipótese, observa-se que, quando da decretação da custódia processual, o Magistrado de piso limitou-se a mencionar a gravidade abstrata do delito denunciado, reputando dados genéricos quanto ao tipo penal imputado, sem apontar fundamentos suficientes a indicarem a necessidade efetiva de sua custódia preventiva.

Agindo desta forma, não poderia o Juiz singular manter a prisão sem incidir em flagrante coação ilegal, reparável através da via eleita.

Com efeito, em casos análogos, esta Corte Superior tem entendido não ser idônea a manutenção da segregação cautelar calcada em decisão com motivação abstrata, como a que ora se examina, por se tratar de constrangimento ilegal ao qual o paciente não pode ser submetido, ainda que o delito que lhe seja imputado se revista de caráter grave.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA.

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão cautelar só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Apesar de a decisão fazer referência às substâncias apreendidas, verifica-se que a quantidade não era elevada - 9,87 g de crack, 15, 41 g de cocaína e 27,62 g de maconha.

3. Não tendo o decreto preventivo apontado elementos hábeis a demonstrar a necessidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, ou da instrução criminal, e assegurar a aplicação da lei penal, faz-se necessária a revogação da custódia nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal.

4. Recurso em habeas corpus provido para revogar a custódia cautelar da recorrente, salvo se por outro motivo estiver presa, ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão diante de fatos novos que a justifiquem, deixando a cargo e critério do Juízo de primeiro grau a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

(RHC 89.565/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifou-se)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Nos termos do Enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não é cabível habeas corpus contra indeferimento de pedido de liminar em outro writ, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão singular, sob pena de indevida supressão de instância. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a permitir a superação do referido óbice sumular.

2. A prisão preventiva do paciente foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata e no caráter hediondo do crime de tráfico de drogas. Não foram apontados dados concretos a justificar a segregação provisória, nos termos do que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal. Nem mesmo a quantidade do entorpecente apreendido - 10,637 gramas de cocaína - pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e seus bons antecedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 411.792/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017, grifou-se)

De fato, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o paciente, necessário observar que, após a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social.

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 acusado foi denunciado pela posse de reduzida quantidade de materiais tóxicos - **5,16 g de maconha e 1,36 g de crack** -, 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 n. 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 só deve ser decretada ou mantida em último caso, quando realmente mostra-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, **no caso, primário e sem registro de outro envolvimento criminal, tanto que sua pena-base foi aplicada no mínimo legal e ainda foi beneficiado com a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas**, restando condenado ao cumprimento de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao art. 282 do Código de Processo Penal:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 mais a mais, como tem-se reiteradamente decidido, 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 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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]. 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, grifou-se).

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, *verbis*:

"[...]

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 materiais tóxicos - particularidades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 Código de Processo Penal, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante, podendo, ainda, a custódia ser **novamente decretada** em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4.º c.c. o art. 316 do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos.

Diante do exposto, ficam os demais pleitos prejudicados.

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 Código de Processo Penal, para substituir a prisão cautelar pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do mesmo diploma legal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0185135-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 409.902 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004481620178260571 20170000461062 20987475820178260000 4481620178260571

EM MESA

JULGADO: 05/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO
ADVOGADO : GUILHERME JOSE VIEIRA CHIAVEGATO - SP366341
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA (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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.