



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 485.183 - SP (2018/0339644-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO AUGUSTO SANTOS SILVA (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. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL 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 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 maconha e a primariedade do agente.

5. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, 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), 05 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 485.183 - SP (2018/0339644-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO AUGUSTO SANTOS SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PEDRO AUGUSTO SANTOS SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2242598-24.2018.8.26.0000, 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 parte impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a prisão preventiva teria sido ordenada exclusivamente com base na gravidade abstrata do delito, reputando ausentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduz que a constrição processual do paciente teria sido decretada e mantida com base em fundamentação genérica, sem que fosse demonstrado, concretamente, como a sua liberdade poderia colocar em risco a ordem pública, a aplicação da lei penal ou a efetividade da instrução criminal, restando malferido o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Enfatiza que, com o advento da Lei nº 12.403/11, a prisão cautelar somente poderá ser decretada em casos excepcionais, nas hipóteses em que restar demonstrada a inadequação e/ou insuficiência da aplicação de outras medidas cautelares menos gravosas, previstas no art. 319 do CPP, para alcançar a finalidade acautelatória visada com a ordenação do encarceramento preventivo.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que fosse revogada a custódia preventiva do paciente, com a expedição de alvará de soltura em seu favor e, subsidiariamente, postula pela substituição do cárcere por providências cautelares alternativas (art. 319 do CPP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi deferida para substituir a custódia preventiva do paciente pelas medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, salvo se por outro motivo estivesse presa (e-STJ fls. 136-137) .

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso fosse conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 485.183 - SP (2018/0339644-5)

VOTO

O 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 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.

Consta dos autos que, no dia **30-10-2018**, o paciente foi preso em flagrante, restando denunciado pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, porque, foi surpreendido durante abordagem policial trazendo consigo e mantendo em depósito 16 porções de maconha, pesando aproximadamente 42,280g (quarenta e dois gramas e duzentos e oitenta miligramas).

Verifica-se que o Togado primevo, durante audiência de custódia realizada em 31-10-2018, converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva por entender a medida necessária, principalmente, para o fim de restabelecer e preservar a ordem pública, consignando que *"o (a) autuado(a) estaria na posse de razoável quantidade de droga, consistente em 16 porções de maconha, embaladas individualmente, pesando 46,5 gramas. Ao que consta, os policiais estavam em patrulhamento quando receberam notícia de que o autuado estaria praticando o tráfico"* (e-STJ fl. 40).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, denegou a ordem a ordem visada, considerando, inicialmente, que *"a imputação feita ao paciente indica, preservado o princípio constitucional da não culpabilidade, que ele está envolvido em fatos graves, que trazem presumida a periculosidade social, exigindo postura enérgica do Poder Público no seu enfrentamento"* (e-STJ fl. 130).

Na ocasião, o Colegiado considerou que diante *"da necessidade da custódia, as medidas cautelares subjetivas revelam-se inadequadas e insuficientes para garantia da ordem pública, considerada a natureza hedionda dos delitos imputados ao paciente"* (e-STJ fl. 131).

Por fim, concluiu o Órgão Julgador consignando que: *"Houve justificação adequada e suficiente à manutenção da segregação do paciente, revestida de elementos que lhe conferem validade, porquanto se apoia nos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal"* (e-STJ fl. 131).

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.

Na espécie, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão é suficiente e adequada. Isso porque, o denunciado foi preso em flagrante delito trazendo consigo e mantendo em depósito reduzida quantidade de material tóxico - **42,280 gramas de maconha** -, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Ademais, apesar de o paciente ostentar apontamento por ato infracional, **o agente é primário e menor de 21 anos**, predcados 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do acusado, totalmente favoráveis, como visto.

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. Em caso análogo, já foi julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Além de não ter sido apreendida grande quantidade de droga (83g de maconha e 2,5g de cocaína), não há nos autos notícia de envolvimento do paciente em outros delitos, sendo, a princípio, primário e com bons antecedentes, não havendo, portanto, demonstração da necessidade da medida extrema.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal - CPP, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau, bem como a possibilidade da decretação de nova prisão preventiva, desde que devidamente fundamentada.

(HC 451.641/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 19/10/2018)

A alegação de que o paciente teria praticado ato infracional anterior não afasta a possibilidade da aplicação de medidas cautelares. Primeiro, a situação não está esclarecida nos autos. Não se sabe qual seria o ato infracional e quando ele teria ocorrido. Há somente a menção, em audiência de custódia, do fato do agente ser egresso da Fundação Casa, o que, por si só, diz pouco e não pode desabonar o paciente. Não fosse tal fato, mesmo que existente informação completa dando conta da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática anterior de ato infracional, a pequena quantidade de droga apreendida já apontaria para a necessidade da substituição da preventiva por medidas cautelares diversas a prisão. Conforme já foi julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PACIENTES PRIMÁRIOS. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. REVOGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. **Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a periculosidade dos pacientes e a gravidade concreta do delito, evidenciadas pela quantidade e variedade das drogas apreendidas (26, 1g de maconha e 9g de cocaína), bem como pela possibilidade de reiteração delitiva, tendo em vista que o primeiro paciente (Alex) ostenta 2 passagens pela Vara da Infância e da Juventude pelo cometimento de atos infracionais, e o segundo paciente (Denis) ostenta uma anotação por ato infracional e afirmou na delegacia ter participado de um crime de roubo no ano de 2017.**

Numa primeira análise, entendo fundamentada a necessidade da decretação da prisão cautelar, pois, baseadas em elementos concretos, alheios à gravidade abstrata do delito.

No entanto, não se pode desconsiderar a absorção do princípio da proporcionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente pelo direito processual penal. Não obstante tratar-se de um princípio implícito, não estando expressamente previsto no Texto Constitucional, o princípio da proporcionalidade tem servido como instrumento de proteção contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

Nessa toada, entendo que, a pequena quantidade da droga apreendida em posse dos pacientes, aliada à primariedade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ambos, resultará, em caso de condenação, em uma pena branda que, possivelmente, será cumprida em regime aberto, com possibilidade de substituição por restritivas de direito.

Assim, embora não olvide haver fundamentação concreta no decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes do trânsito em julgado, a meu ver, inadequado e desproporcional o encarceramento dos pacientes dada as peculiaridades do caso concreto, motivo pelo qual entendo que deve ser revogada, in casu, sua prisão preventiva.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 434.053/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDAS CAUTELARES. APLICAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A gravidade do delito, por si só, não enseja a decretação de prisão preventiva, que exige o atendimento aos pressupostos inscritos no art. 312 do CPP, mediante a exposição de motivos concretos a indicar a necessidade da cautela. O registro infracional não poder ser considerado como possibilidade de reiteração delitiva e maus antecedentes.

3. Agente surpreendido na posse de pequena quantidade de droga - 23, 5g (vinte e três gramas e cinco decigramas) de maconha -, a qual não é considerável e apta a colocar em risco a ordem pública.

4. O art. 319 do Código de Processo Penal traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, sempre observando o binômio proporcionalidade e adequação.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, devendo o Juízo de primeiro grau, de maneira fundamentada, verificar se é o caso de se aplicar as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

(HC 346.888/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0339644-5

HC 485.183 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15025887020188260196 22425982420188260000 34472018

EM MESA

JULGADO: 05/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO AUGUSTO SANTOS SILVA (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.