



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 484.986 - SP (2018/0338652-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ROBERTO 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. ALEGADA INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. QUANTIDADE NÃO EXORBITANTE DAS DROGAS APREENDIDAS. 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 argumentos que levaram à manutenção da segregação foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva.

3. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, uma vez que o acusado foi flagrantado na posse de quantidade não exorbitante de material tóxico, 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.

4. A pena-base fixada na sentença condenatória foi a mínima possível e a fração do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi a máxima prevista, a indicar que não há circunstância judicial desabonadora e que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente não se dedica com habitualidade à atividade ilícita, afastando a reprovabilidade acentuada na conduta e sua potencialidade lesiva.

5. *"Hipótese em que o julgador não apresentou fundamento idôneo para negar ao paciente o benefício do recurso em liberdade, pois limitou-se em fazer considerações genéricas e relativas à gravidade abstrata do delito de tráfico, razão pela qual impõe-se a concessão da ordem de ofício, sobretudo quando foi estabelecida a pena-base no mínimo legal e aplicado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima."* (HC 441.753/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

6. Ademais, o agente é primário e ostenta bons antecedentes, predados que corroboram a conclusão pela desproporcionalidade da prisão *ante tempus*.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, V e IX, 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), 12 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 484.986 - SP (2018/0338652-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ROBERTO FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI - Relator: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de DANIEL ROBERTO FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2204663-47.2018.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do ora paciente, decretada nos autos da ação penal em que foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que não haveria fundamento idôneo para justificar a ordenação e a manutenção da custódia cautelar do acusado, eis que embasada na gravidade em abstrato do delito em tese praticado e em dados genéricos, insuficientes para tanto.

Defende, outrossim, que "*o paciente é primário e tem residência fixa, fato que mitiga a compreensão de 'risco à ordem pública'*" (e-STJ fl. 13), reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Requer, por fim, a concessão da ordem para relaxar ou revogar a prisão preventiva do paciente ou, subsidiariamente, substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 156-157).

Informações prestadas pelas instâncias de piso, às fls. 158-186 e 191-193 (e-STJ), dão conta de que, em **8/1/2019**, o paciente foi condenado às penas de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, em **regime inicial fechado**, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/06, mantendo-se, na ocasião, a prisão preventiva pelas mesmas as razões que ensejaram a decisão primeva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela prejudicialidade do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 484.986 - SP (2018/0338652-5)

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO JORGE MUSSI: Preliminarmente, impende frisar que o Supremo Tribunal Federal, no bojo do HC n. 109.956/PR, colimando 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 àquela Corte, em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento chancelado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, a presente impetração, ao se insurgir contra acórdão exarado pelo Tribunal local, denegatório da ordem pleiteada em anterior remédio heroico, afigura-se incabível, pois manejado perante este Sodalício de forma originária, sem qualquer subsunção às hipóteses autorizadoras elencadas no art. 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal. Logo, não comporta conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na exordial será analisado, apenas *ad cautelam*, a fim de se verificar a existência de eventual flagrante ilegalidade a justificar a atuação desta Corte Superior de Justiça *ex officio*.

Da análise dos elementos carreados nos autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante em **25/7/2018**, convertida a prisão em preventiva na audiência de custódia realizada no dia **26/7/2018**, e, posteriormente, denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque teria sido surpreendido, trazendo consigo, para entrega a terceiros, 77 (setenta e sete) porções de maconha, pesando 203,92 g (duzentos e três gramas e noventa e dois centigramas), 14 (quatorze) porções de *crack*, pesando 1,99 g (um grama e noventa e nove centigramas) e 37 (trinta e sete) porções de cocaína, pesando 19,26 g (dezenove gramas e vinte e seis centigramas).

Quanto aos fatos, narra a denúncia:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25 de julho de 2018, por volta das 12 horas e 20 minutos, na rotatória do bairro Pinus do Iriguassu I, nesta cidade e Comarca de Caçapava, **DANIEL ROBERTO FERREIRA**, qualificado a fls. 30, **trazia consigo e guardava**, para fins de comércio e entrega a consumo de terceiros, **77 (setenta e sete) porções de Cannabis sativa L. (maconha), com peso líquido total de 203.92 gramas, 14 (quatorze) porções de crack (subproduto da cocaína), com peso líquido total de 1.99 gramas, e 37 (trinta e sete) porções de cocaína, com peso líquido total de 19.26 gramas**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, policiais civis estavam em diligências pelo local dos fatos, quando visualizaram o denunciado em atitude que lhes pareceu suspeita, uma vez que **entregava entorpecentes para uma pessoa que ocupava um veículo preto na companhia de um indivíduo desconhecido**. Diante disso, os policiais civis decidiram proceder à abordagem ao denunciado e ao indivíduo que o acompanhava. No entanto, DANIEL, antes de se evadir do local, deixou sua mochila no chão e saiu correndo. O indivíduo desconhecido também fugiu e, por isso, não foi abordado pelos policiais civis.

O denunciado não conseguiu dar continuidade à sua fuga e foi abordado pelos policiais. Com ele, nada de ilícito foi encontrado. No entanto, na mochila do denunciado foram encontradas diversas porções de entorpecentes – 77 trouxinhas de papel contendo maconha, 14 porções de crack e 37 porções de cocaína, além da quantia em dinheiro de R\$ 74,00 (setenta e quatro reais).

As circunstâncias da prisão, o encontro de quantidade variada de entorpecentes e de dinheiro, revelam que DANIEL estava envolvido com o narcotráfico" (e-STJ fls. 92-93, grifou-se).

Verifica-se que o Juiz primevo, em audiência de custódia realizada em **26/7/2018**, converteu o flagrante em prisão preventiva, como forma de garantir a ordem pública, diante da **"quantidade e variedade de entorpecente apreendido, 37 pinos de cocaína, 14 pedras de crack e 77 trouxinhas de maconha"** (e-STJ fl. 162, grifou-se).

A Corte de origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado antes da prolação da sentença condenatória, denegou a ordem, ao fundamento de que não se verifica o constrangimento ilegal apontado na inicial, destacando que *"a I. Magistrada que converteu a prisão em flagrante em preventiva o fez de forma fundamentada, considerando não somente a gravidade abstrata do delito, mas a existência de indícios*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de autoria e de prova da materialidade, as circunstâncias concretas do caso, bem como as condições pessoais do Paciente, reveladoras da necessidade da manutenção da prisão preventiva, atendendo ao disposto no artigo 312 do CPP" (e-STJ fl. 141).

O Tribunal estadual ressaltou que a *"primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, por si sós, não são suficientes para a concessão da liberdade provisória"* (e-STJ fl. 144).

Pois bem.

Delineado o contexto fático processual, cumpre esclarecer, *ab initio*, que ao revés do afirmado pelo *Parquet* federal, o advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva, uma vez que 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, não há o que se falar em prejudicialidade do remédio constitucional.

Sobre as razões que ensejaram a segregação *ante tempus*, tem-se que **assiste razão em parte ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.**

Com efeito, não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o paciente, necessário ter-se em mente 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.

De fato, o referido diploma legal, 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 só deve ser decretada ou mantida em último caso, quando realmente mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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)

Não se pode olvidar, ainda, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (pág. 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).

Ora, no caso, o acusado foi flagrantado na posse de quantidade não exorbitante de material tóxico - **203,92 g de maconha, 19,26 g de cocaína e 1,99 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.

Ademais, ao que consta dos autos, **o agente é primário e sem registro de outro envolvimento criminal, tanto que sua pena-base foi aplicada no mínimo legal e ainda foi beneficiado com o patamar máximo da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas**, restando condenado ao cumprimento de 1 (um) ano, 8 (oito) meses de reclusão, nada havendo a indicar que, solto, voltará a atentar contra a ordem pública, o que corrobora a conclusão pela desproporcionalidade do cárcere antecipado.

Entrementes, não se pode desprezar a gravidade da conduta imputada ao paciente, que, segundo consta dos autos, foi surpreendido com variedade de estupefacientes, a indicar, em substituição à eivada prisão processual, a necessidade de imposição das medidas cautelares diversas, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, § 4º, c.c. art. 316, ambos do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos, desde que devidamente fundamentada.

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: 2018/0338652-5

HC 484.986 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15002571320188260618 20180000978782 22046634720188260000

EM MESA

JULGADO: 12/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEFERSON DOUGLAS PAULINO
ADVOGADO : JEFERSON DOUGLAS PAULINO - SP264935
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ROBERTO FERREIRA (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.