



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.912 - SP (2016/0330104-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS
ADVOGADO : VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS - SP356869
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILBERTO ALVES DE LIMA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR PLEITEADA NO MANDAMUS ORIGINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ENUNCIADO SUMULAR Nº 691/STF. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA SEGREGAÇÃO ANTECIPADA DO RÉU. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CONHECIMENTO DO *WRIT*.

1. Segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível *habeas corpus* contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância, dada a ausência de pronunciamento definitivo pela Corte de origem.

2. Vislumbrando-se a existência de flagrante ilegalidade na segregação do paciente, deve ser mitigado o óbice inserto no Enunciado Sumular 691 do STF.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. 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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. LIMINAR DEFERIDA. CONFIRMAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação.

3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

4. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefacientes e as condições pessoais do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente, totalmente favoráveis.

5. *Habeas corpus* conhecido para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, conceder a ordem, revogando-se a custódia preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, incisos I, II, IV e V, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante.

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, conceder a ordem, 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), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO **JORGE MUSSI**
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.912 - SP (2016/0330104-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS
ADVOGADO : VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS - SP356869
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILBERTO ALVES DE LIMA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GILBERTO ALVES DE LIMA em face de decisão do Desembargador Relator do *Habeas Corpus* n.º 2249623-59.2016.8.26.0000, em trâmite perante a 13.^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a qual indeferiu pedido de medida liminar formulado naquele *writ*.

Sustenta o impetrante a possibilidade de mitigação do disposto no enunciado sumular nº 691/STF porquanto seria flagrante a ilegalidade da manutenção do paciente no cárcere.

Aduz a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar a ordenação e manutenção da custódia cautelar na espécie, uma vez que baseada na gravidade abstrata do delito, em manifesta violação ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Assevera a ausência de demonstração, com base em elementos concretos, de que forma a liberdade do paciente poderia causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida, elencados no art. 312 do CPP.

Pondera que o paciente é jovem, primário, sem antecedentes criminais, com endereço fixo e profissão definida, predicados que lhe permitiriam responder ao feito em liberdade, especialmente em se considerando que nenhuma substância entorpecente foi encontrada em seu poder.

Alega que, em caso de eventual condenação, o acusado fará jus ao redutor de pena contido no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, à regime inicial menos gravoso e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pelo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria desproporcional a segregação antecipada.

Requeru, liminarmente e no mérito, que o paciente pudesse responder ao processo em liberdade, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi concedida para que o paciente fosse posto em liberdade provisória, independentemente do recolhimento da fiança, mediante a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, II, IV e V, do Código de Processo Penal, até o julgamento do mérito da presente impetração.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas (e-STJ Fls. 51 a 79).

O Ministério Público Federal opinou pela **concessão da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.912 - SP (2016/0330104-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre destacar que, nos termos do Enunciado n.º 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não é cabível o ajuizamento de *habeas corpus* contra indeferimento de pedido de liminar em outro *writ*, salvo quando flagrante a ilegalidade ou a teratologia da decisão singular, sob pena de indevida supressão de instância.

Entretanto, este Tribunal tem se orientado pela mitigação desse entendimento, em respeito ao princípio da celeridade processual, possibilitando o conhecimento do remédio constitucional quando, comprovada a superveniência de julgamento de mérito do *habeas corpus* originário, o teor do aresto proferido, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator, exatamente como ocorre *in casu*.

Desse modo, perfeitamente viável a superação do óbice ao conhecimento do pedido, já que a liminar foi aqui deferida, e a ordem de *habeas corpus* denegada, pela Corte originária, persistindo o constrangimento à liberdade de locomoção do paciente, apta a viabilizar a superação do óbice insculpido no referido enunciado.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 5-11-2016**, convertida a segregação em preventiva, e denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque transportava, para fornecimento a terceiros, 4,14 g (quatro gramas e quatorze centigramas) de *crack*, divididos em 18 (dezoito) porções.

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 05 de novembro de 2016, por volta das 16h10, na Rua Francisco Weiss Júnior, nº 55, Taboãozinho, nesta cidade e Comarca, GILBERTO ALVES DE LIMA, qualificado a fls. 18, trazia consigo, para fins de tráfico, droga consistente em 4,14 de crack, divididos em 18 porções envoltas em plástico transparente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 11/12 e laudo de constatação provisória de fls. 15 (fl. 1 da denúncia).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se que o Magistrado Singular converteu a prisão em flagrante em preventiva, pois a entendeu necessária para resguardar a ordem pública, dada a gravidade efetiva do delito, asseverando que a substituição da medida extrema por cautelares diversas seria inadequada e insuficiente (e-STJ fls. 31-32).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*, tendo o respectivo Desembargador Relator indeferido o pedido liminar ali formulado, sob o entendimento de que os "*atos trazidos à colação não permitem verificar, de pronto, a presença dos pressupostos para a concessão liminar da medida, que é excepcional, destinada a casos em que a ilegalidade se mostra patente, verificável em simples leitura das razões e documentos apresentados*" (e-STJ fl. 17).

De consulta processual obtida na página eletrônica da Corte Estadual (www.tjsp.jus.br), verifica-se que, na sessão do 2-2-2017, a 13ª Câmara de Direito Criminal julgou prejudicada a impetração do *writ* n.º 2249623-59.2016.8.26.0000 .

Delineado o contexto fático, tem-se que assiste razão em parte ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.

Não desprezando a gravidade da acusação lançada contra o paciente, necessário observar que a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social, após a edição e entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

E, na espécie, evidencia-se que as circunstâncias do caso autorizam a conclusão pela suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que o denunciado foi preso em flagrante delito na posse de reduzida quantidade de material tóxico - **4,14 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 12.403/11, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispôs que: "*A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*".

Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente mostrar-se necessária e adequada às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente que, de acordo com a Folha de Antecedentes Criminais acostas às fls. 21 a 22 dos autos originais, é primário e de bons antecedentes.

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 cautelar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 homogeneidade, se a constrição tencionada é proporcional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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), II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações), 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, 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, **conhece-se do habeas corpus para**, confirmando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liminar anteriormente deferida, conceder a ordem para revogar a custódia preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, incisos I, II, IV e V, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0330104-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 382.912 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006190720168260571 22496235920168260000 6190720168260571

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS
ADVOGADO : VINICIUS ADRIANO CASSAMASIMO RAMOS - SP356869
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILBERTO ALVES DE LIMA (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, concedeu a ordem, 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.