



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.091 - SP (2016/0256551-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARCOS ROBERTO AZEVEDO E OUTRO
ADVOGADO : MARCOS ROBERTO AZEVEDO E OUTRO(S) - SP269917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO HENRIQUE GOMES PORTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. 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. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. 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 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 agente, totalmente favoráveis.

5. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.091 - SP (2016/0256551-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARCOS ROBERTO AZEVEDO E OUTRO
ADVOGADO : MARCOS ROBERTO AZEVEDO E OUTRO(S) - SP269917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO HENRIQUE GOMES PORTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de BRUNO HENRIQUE GOMES PORTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no HC nº 2156094-83.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente nos autos da ação penal em que responde pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta o impetrante 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, a regime inicial menos gravoso e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pelo que 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas, noticiando que os autos se encontram no aguardo da apresentação de defesa prévia (e-STJ Fls. 101 a 103).

O Ministério Público Federal opinou pela **concessão da ordem de ofício**, para que o paciente seja colocado em liberdade.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.091 - SP (2016/0256551-0)

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 nos 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 a ser adotado pelo 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 esta Corte Superior de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 19-7-2016**, convertida a segregação em preventiva, e denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, juntamente com outro corréu, mantinham em depósito, para fornecimento a terceiros, 10,12 g (dez gramas e doze centigramas) de crack, divididos em 24 (vinte e quatro) porções, e 1,22 g (um grama e vinte e dois centigramas) de cocaína, distribuída em duas porções.

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

A Delegacia de Investigações Sobre Entorpecentes (DISE), por intermédio do policial Elias Pichirilo Júnior, realizava investigações sobre o tráfico ilícito de drogas nas imediações da praça municipal localizada na Travessa Robore, altura do nº 72, no Bairro Castelo Branco. Nesta mesma praça, em ocasiões anteriores, o policial Elias Pichirilo Júnior já havia efetuado prisões em flagrante por crime de tráfico de drogas.

Durante as investigações o policial civil Elias foi informado de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os indiciados Bruno Henrique Gomes Porto e Renan da Silva Ribeiro estariam praticando o tráfico ilícito de drogas na referida praça. Inclusive o indiciado Renan é conhecido nos meios policiais desde a adolescência, registrando passagem por ato infracional (tráfico ilícito de drogas).

Em 19 de julho de 2016 os policiais civis Elias Pichirilo Júnior, André Luís Peres Azevedo e Igor Alberto Figueiredo realizavam patrulhamento no Bairro Castelo Branco, ocasião em que foram informados de que dois indivíduos estariam comercializando drogas na mencionada praça municipal.

Utilizando uma viatura descaracterizada, o policial civil Elias se dirigiu às proximidades daquela praça. Os policiais André e Igor acompanhavam à distância em uma viatura caracterizada.

Após estacionar a viatura descaracterizada, o policial Elias avistou os indiciados Renan e Bruno defronte a aludida praça (situada na Travessa Robore, altura do nº 72). Em seguida, um indivíduo chegou ao local e conversou com os indiciados. O indiciado Renan foi até uma árvore localizada no outro lado da praça (Travessa Roncador, altura do nº 61) e pegou algo entre os galhos. Ao retornar, o indiciado Renan entregou o objeto ao indivíduo e dele recebeu algo.

Logo depois outro indivíduo chegou ao local de motocicleta (Travessa Robore, altura do nº 72). Após breve conversa, o indiciado Bruno se dirigiu à citada árvore (Travessa Roncador, altura do nº 61) e pegou algo entre os galhos. Ao retornar, o indiciado Bruno entregou o objeto ao motociclista e dele recebeu algo.

Em virtude de fundada suspeita de crime de tráfico de drogas, o policial civil Elias solicitou o apoio dos policiais civis André e Igor, que permaneciam à distância. Os policiais André e Igor abordaram os indiciados Renan e Bruno na referida praça (Travessa Robore, altura do nº 72). Com o indiciado Renan, foi apreendida a quantia de R\$ 30,00 em dinheiro. Com o indiciado Bruno, foi apreendida a quantia de R\$ 230,00 em dinheiro.

Logo depois da abordagem dos indiciados, o policial Elias foi à árvore localizada na Travessa Roncador, altura do nº 61, localizando um saco plástico de cor preta que continha vinte e quatro porções de "crack" e duas porções de cocaína.

Os indiciados foram presos e autuados em flagrante delito. (e-STJ Fls. 85 e 86)

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 "Renan da Silva Ribeiro e Bruno Henrique Gomes Porto foram presos em flagrante na posse de 24 invólucros plásticos contendo crack (10,12 gramas) e 02 invólucros plásticos contendo cocaína (1,22 gramas), sendo que os policiais civis responsáveis pela prisão, o flagraram comercializando o entorpecente" (e-STJ Fls. 20).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Formulado pedido re revogação da prisão preventiva, esse foi indeferido, em que o Magistrado Singular, além de mencionar a vedação contida no art. 44 da Lei de Drogas, destacou que *"a primariedade, os bons antecedentes, residência, emprego fixo e família constituída não bastam para afastar a prisão preventiva se houver prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, máxime quando se tratar de crime grave"* (TACRIM-SP, RJD 09/200) (e-STJ Fls. 22).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que denegou a ordem ao argumento de que, *"diferentemente do que foi alegado pelo impetrante, não há que se falar em precariedade de fundamentação, visto que o Magistrado equacionou as circunstâncias do caso em concreto para concluir que a liberdade provisória dos pacientes afrontaria a ordem pública, ao amparo do art. 312 do CPP (fls. 10/11)"* (e-STJ Fls. 47).

Continuou afirmando que *"não é caso de soltura"*, porquanto *"os pacientes teriam incorrido em episódio delituoso cuja gravidade concreta recomenda a prisão preventiva"*, tendo em vista que *"ambos foram surpreendidos pelos policiais, após investigação realizada durante duas semanas, em movimentação típica do comércio ilícito de entorpecentes, tendo sido apreendidas 24 porções de crack e 02 de cocaína, além de significativa quantia em dinheiro em notas trocadas, produto do tráfico"* acrescentando que *"tanto a cocaína quanto o crack são variedades de substâncias ilícitas que se destacam por apresentar maior nocividade"* (e-STJ Fls. 47).

Ponderou o Órgão Colegiado, também, que *"presentes as circunstâncias que permitem a prisão preventiva, perdem relevância predicados pessoais periféricos, a exemplo da alegada primariedade, bons antecedentes e residência fixa"* (e-STJ Fls. 47).

Asseverou, ainda, que *"as medidas cautelares pessoais não se mostram proporcionais à conduta em tese praticada"*, pois *"são muito brandas em relação ao ímpeto criminoso demonstrado pelos ora pacientes, que não se intimidaram ante a proibição da nefasta comercialização de entorpecentes e dispunham, na data dos fatos, de porções de cocaína e crack para venda"* (e-STJ Fls. 47).

Por fim, observou que, *"a existência de precedentes favoráveis ao regime inicial aberto e à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, em universo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vasto de julgados inspirados por critérios nem sempre coincidentes, não significa a convicção de que tais benefícios serão deferidos" (e-STJ Fls. 48).

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 materiais tóxicos - 10,12 g de crack e 1,22 g de cocaína -, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Com efeito, a Lei 12.403/11, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispôs que: *"A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)"*.

Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente que, de acordo com a Folha de Antecedentes Criminais acostas às e-STJ Fls. 30, 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



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 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.

*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 - 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 substituição pelas previstas nos incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades), IV (proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução), e V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos), todos do art. 319 do CPP.

Diante do exposto, 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 substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0256551-0

HC 373.091 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00134696120168260032 134696120168260032 20160000655455 21560948320168260000

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCOS ROBERTO AZEVEDO E OUTRO
ADVOGADO : MARCOS ROBERTO AZEVEDO E OUTRO(S) - SP269917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO HENRIQUE GOMES PORTO (PRESO)
CORRÉU : RENAN DA SILVA RIBEIRO

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.