



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.084 - SP (2017/0091085-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : RENATO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. 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 favoráveis pessoais dos agentes.

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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.084 - SP (2017/0091085-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : RENATO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de JULIANA DA SILVA e RENATO DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem nos autos do *Writ* nº 2258852-43.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar dos pacientes nos autos da ação penal em que foram denunciados pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar o decreto e a manutenção da custódia cautelar dos pacientes, uma vez que baseada na possibilidade de reiteração delitiva.

Defende a ausência de indicação de elementos concretos que demonstrassem de que forma a liberdade dos acusados 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 a paciente Juliana é primária, possui residência fixa e emprego lícito, além de o paciente Renato ter residência fixa, predicados que lhes permitiriam responderem ao feito em liberdade.

Alega que em caso de eventual condenação, os pacientes farão jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a regime inicial menos gravoso, pelo que seria desproporcional a segregação antecipada, destacando que a hipótese dos autos comportaria a substituição da prisão por providências cautelares menos gravosas (art. 319 do CPP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que fosse revogada a prisão cautelar dos pacientes, com a expedição do competente alvará de soltura em favor deles, ou aplicadas as medidas cautelares alternativas.

A liminar foi deferida parcialmente, para substituir a prisão preventiva de JULIANA pelas medidas alternativas à prisão prevista no art. 319, incisos I, IV e V do CPP.

Solicitadas informações, foram prestadas às e-STJ fls. 105-138.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela **concessão da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 397.084 - SP (2017/0091085-1)

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.

Da análise dos autos, infere-se que os pacientes foram **presos em flagrante em 13-12-2016**, convertida a prisão em preventiva, e denunciados pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, porque, associaram-se para a prática do tráfico de drogas e traziam consigo e tinham em depósito, para consumo de terceiros, 5,36 g (cinco gramas e trinta e seis centigramas) de cocaína, acondicionados em 16 (dezesseis) porções.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

Notícia o incluso inquérito policial que no dia 13 de dezembro de 2016, por volta das 18 horas, na Avenida Canadá, próximo ao numerai 327, bairro Belinha Ometto, nesta Cidade e Comarca, JULIANA DA SILVA e RENATO DOS SANTOS DAVI, associados para a prática do tráfico de drogas, traziam consigo e tinham em depósito, para comercialização com terceiros, aproximadamente 5,36g



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cinco gramas e trinta e cinco decigramas) da droga cocaína, acondicionada em 16 flaconetes plásticos, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (e-STJ fl. 107).

Verifica-se que o Juiz processante, em audiência de custódia realizada em 14-12-2016, converteu a prisão em flagrante em preventiva, pois a entendeu necessária para a garantia da ordem pública, vulnerada diante da gravidade concreta do delito, consignando que *"os investigados foram presos em flagrante, haja vista terem sido surpreendidos, por Policiais Militares, em atos de traficância, havendo apreensão de porções de cocaína em pó, bem como dinheiro"* (e-STJ fl. 41).

Na oportunidade, afirmou que *"a decretação da prisão preventiva é adequada à gravidade do crime de tráfico"*, concluindo pela impossibilidade da aplicação de medidas cautelares alternativas, já que *"comparecimentos periódicos em Juízo não se coadunam com a acusação de prática de crime grave, havendo ofensa à aplicação da lei penal e à própria instrução criminal. Quanto à proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares, de ausência da Comarca ou recolhimento domiciliar, são medidas de difícil fiscalização e de fácil descumprimento, também não se ajustando à finalidade precípua das medidas cautelares, ou seja, garantia à aplicação da lei penal e à correta instrução criminal. A respeito do monitoramento eletrônico do réu ou indiciado, desconhecida a disponibilização de tal aparelhamento ao Juízo, bem como quem será responsável por tal monitoramento, ainda mais sendo conhecida a penúria do quadro pessoal dos serventuários da Justiça"* (e-STJ fl. 41).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que denegou a ordem ao argumento de que não se verificava o constrangimento ilegal apontado na inicial, destacando que *"o crime, cometido em tese pelos pacientes, é grave e recomenda a segregação cautelar para a garantia da ordem pública"* (e-STJ fl. 72).

A Corte a quo exarou que *"há disposição legal expressa vedando a concessão de liberdade provisória em se cuidando de crime de tráfico de drogas, ex vi do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, que no entendimento desta Colenda Câmara é constitucional"*, bem como que *"trata-se de legislação especial e que, portanto, deve prevalecer, não obstante a nova redação do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conferida pelo artigo 1º da Lei 11.464/2007, que afastou a vedação à liberdade provisória" (e-STJ fl. 72).

Salientou-se no aresto atacado que o *"rigor do dispositivo legal decorre da própria ordem constitucional vigente, consignando-se que o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, reflete claramente o tratamento diferenciado em relação ao crime de tráfico em análise"* (e-STJ fl. 72).

Por fim, foi apontado que a substituição da prisão por outras medidas alternativas não se mostrava recomendável, porquanto *"são insuficientes à manutenção da ordem pública"* (e-STJ fl. 73).

Delineado o contexto fático, no que tange aos fundamentos da prisão preventiva, tem-se que assiste razão em parte à impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.

Não desprezando a gravidade da acusação lançada contra os pacientes, 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 os denunciados foram presos em flagrante delito na posse de reduzida quantidade de material tóxico - **5,36 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 dos agentes que, de acordo com a documentação acostada às e-STJ fls. 134 a 138, não registram condenação por crimes graves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

*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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 dos agentes, surpreendidos na posse de reduzida 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 confirmar a liminar anteriormente concedida à ré e substituir a cautelar da prisão dos pacientes 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: 2017/0091085-1

HC 397.084 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00258077620168260320 22588524320168260000 258077620168260320 58992016

EM MESA

JULGADO: 15/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JULIANA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: RENATO DOS SANTOS (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, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.