



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 428.433 - SP (2017/0320999-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - SP320632
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL DE JESUS SANTOS MARQUES (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 DO RÉU. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADO. 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 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 material tóxico apreendido e a primariedade do agente.

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, incisos 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), 03 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 428.433 - SP (2017/0320999-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - SP320632
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL DE JESUS SANTOS MARQUES (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GABRIEL DE JESUS SANTOS MARQUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem visada no *Writ* de n. 0049276-10.2017.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para o decreto e a manutenção da custódia cautelar do paciente, uma vez que embasada na gravidade em abstrato do delito.

Defende que não foram indicados elementos concretos que evidenciassem de que forma a liberdade do paciente poderia causar embaraço à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, previstos no art. 312 do CPP.

Pondera que o agente foi flagrado na posse de pequena quantidade de material tóxico, bem como que seria primário, ostentaria bons antecedentes e possuiria residência fixa, predicados que denotariam a desproporcionalidade da sua prisão preventiva em relação ao provável resultado final do processo.

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, providência que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclama não haver sido efetivada, *in casu*.

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor, subsidiariamente, postula pela substituição da medida extrema por providências cautelares alternativas (art. 319 do CPP).

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 428.433 - SP (2017/0320999-8)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, deve-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 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.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 14-10-2017**, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/2006, porque, *"tinha em depósito, para fins de mercancia e entrega a terceiros, 34 (trinta e quatro) porções individualizadas de cocaína em pó, com peso líquido total de 16,8g (dezesesseis gramas e oito decigramas) e 13 (treze) porções de cannabis sativa L, com peso líquido total de 29,8g (vinte e nove gramas e oito decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar"* (e-STJ fl. 26).

Quanto aos fatos, consta na exordial acusatória o seguinte:

Apurou-se que policiais militares em patrulhamento no local dos fatos, conhecido ponto de drogas da comarca,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avistaram o denunciado sentado em um banco e meio a outros dois indivíduos desconhecidos.

Tão logo notou a viatura, o denunciado tentou fugir, mas foi detido. Em revista pessoal, os policiais localizaram na posse do indiciado R\$ 249,00 reais em espécie. E, naquele banco, exatamente onde pouco antes GABRIEL estava sentado, os policiais localizaram as drogas citadas: 34pinos de cocaína e 13 papélotes de maconha. E certo que o local dos fatos fica perto do Colégio Estadual Pedro Madoglio.

Conduzido à delegacia, GABRIEL foi autuado em flagrante e, interrogado, permaneceu calado (fls. 07). (e-STJ fls. 26-27)

Verifica-se que, no dia **15-10-2017**, o Juízo Plantonista homologou a prisão em flagrante e converteu-a em preventiva, a bem da ordem pública, que considerou vulnerada diante das circunstâncias do delito perpetrado, tendo destacado que *"a grande quantidade e diversidade de entorpecente encontrada (34 pinos de cocaína e 13 porções de maconha), supõe a evidenciar ser o(a) averiguado(a) portador(a) de personalidade dotada de acentuada periculosidade. Embora tecnicamente primário(a), o(a) averiguado(a) foi surpreendido(a) com quantidade elevada de entorpecente, sem justificativa plausível para tanto. Ademais, não comprovou ocupação lícita no distrito da culpa, o que evidencia que se solto(a), certamente voltará a delinquir para obtenção de lucro fácil na mercancia de entorpecentes"* (e-STJ fl. 135).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, mantendo a constrição processual do paciente *"em razão da necessidade de resguardo da ordem pública, quer para evitar a reiteração criminosa, quer para resgatar a estabilidade social, que, em situações como a presente, em razão da natureza do crime imputado ao paciente, evidentemente, resta comprometida, assim como da normalidade do desenvolvimento da persecução penal e da aplicação da lei penal"* (e-STJ fl. 25).

Salientou o Colegiado Estadual, na ocasião, que *"as circunstâncias do caso em tela, em tese, fazem presente a possibilidade de reiteração criminosa"*, aduzindo, ainda, não ser possível vislumbrar qualquer *"ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois não há evidência inequívoca que, em sendo condenado, o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente faça jus a benefício que importe em liberdade", tendo concluído, ao final, pela inexistência de demonstração dos "requisitos da liberdade provisória, benefício que, assim como a concessão de medida cautelar diversa da prisão, a teor do art. 321, caput, do Cód. de Proc. Penal, é incompatível com a presença de qualquer dos pressupostos da prisão cautelar, como no caso em tela" (e-STJ fls. 24-25).

Delineado o contexto processual, quanto à aventada ilegalidade da prisão preventiva do paciente, verifica-se que assiste razão ao impetrante.

Com efeito, 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 - **aproximadamente 16,8 gramas de cocaína em pó e 29,8 gramas de maconha** -, 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**, predicado que corrobora 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 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 mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, totalmente favoráveis, como visto.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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 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: 2017/0320999-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 428.433 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021908120178260537 00492761020178260000 20170000908089 21908120178260537
492761020178260000

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - SP320632
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GABRIEL DE JESUS SANTOS MARQUES (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.