



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.982 - SC (2016/0185915-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DAVID ELEOTERIO LOPES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDAS CAUTELARES IMPOSTAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM NO *WRIT* ORIGINÁRIO. ALEGADA INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTATAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO. QUANTIDADE NÃO CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. DESPROPORCIONALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Com a advento da Lei n. 12.403/2011, passou o legislador a prever outras medidas cautelares que deverão ser impostas preferencialmente à segregação, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, figurando agora a custódia processual como a última medida a ser decretada.

2. Para a imposição das medidas cautelares deverá ser observada a presença do *fumus commissi delicti* - materialidade e indícios de autoria - e do *periculum* ao regular andamento da ação penal, exigindo-se, ainda, em cada caso concreto, o exame dos vetores necessidade e adequabilidade.

3. Na espécie, observa-se que a revogação da prisão preventiva do ora paciente foi condicionada às medidas cautelares menos gravosas e limitou-se o Tribunal de origem a ressaltar a ausência de fundamentação idônea do decreto preventivo, a primariedade do paciente e a reduzida quantidade da droga apreendida - 42 g ou 142 g de maconha -, fundamentos que não evidenciam o *periculum libertatis* exigido para imposição das medidas restritivas e, por consequência, a adequação e a proporcionalidade das cautelares impostas.

4. Ordem concedida para revogar as medidas cautelares impostas ao paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.982 - SC (2016/0185915-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DAVID ELEOTERIO LOPES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública estadual em benefício de DAVID ELEOTERIO LOPES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, reconhecendo a ilegalidade da prisão preventiva decretada em desfavor do ora paciente pelo Juízo de primeiro grau, concedeu a ordem pleiteada no *Writ* n. 4002444-36.2016.8.24.0000, revogando a custódia cautelar, mediante a imposição de medidas cautelares diversas, descritas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Sustenta a impetrante em síntese a ocorrência de constrangimento ilegal, consubstanciado na imposição de "**severas e restritivas** medidas cautelares diversas da prisão, em verdadeira supressão de instância e sem fundamentação" (e-STJ fl. 5).

Alega que a ausência de fundamentação idônea que justifique, nos elementos dos autos, a necessidade e a adequação das medidas cautelares (art. 282 do Código de Processo Penal) conduziria à nulidade do acórdão.

Por outro lado, aduz que teria havido supressão de instância, também geradora de nulidade, uma vez que o Colegiado, "**de ofício**, aplicou medidas cautelares diversas da prisão" (e-STJ fl. 7).

Entende oportuno distinguir os institutos da anulação e da revogação, esclarecendo que a "*anulação da prisão (por ilegalidade, p. ex.) atinge a validade do ato judicial; já a revogação da decisão ou substituição da prisão por medidas cautelares por diversas, ao contrário, pressupõe a validade do ato judicial, e atinge a conveniência do ato judicial*".

Diante disso, conclui que o Tribunal de origem "*reconheceu a nulidade da decisão que manteve a prisão (ilegalidade da prisão preventiva por ausência de fundamentação quanto ao periculum libertatis)*", logo deveria "*restabelecer a liberdade*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do *PACIENTE*" (e-STJ fl. 8).

Defende, por fim, a desproporcionalidade da medida cautelar de recolhimento ao domicílio no período noturno após às 20h e nos fins de semana e feriados, que se equipararia à prisão domiciliar, muito embora sem direito à detração penal.

Diante disso, requer a concessão da ordem, para declarar a nulidade das medidas alternativas (por ausência de fundamentação, supressão de instância e desproporcionalidade) ou, subsidiariamente, revogar a cautelar descrita no art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal ou, ainda, reconhecer o direito à detração.

Liminar indeferida.

Informações prestadas às fls. 129-130 (e-STJ) noticiam a realização da audiência de instrução e julgamento em 10/8/2016, com a declaração da revelia do ora paciente, e a conclusão dos autos em 28/11/2017.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.982 - SC (2016/0185915-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Dos elementos colacionados nos autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante em **3/2/2016**, convertida a prisão em preventiva na mesma data, pela suposta prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque, em tese, teria sido surpreendido guardando e armazenando em sua residência, para fins de repasse a terceiros, 142 g de maconha, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Quanto aos fatos, narra a denúncia:

*"Colhe-se dos autos que no dia **03 de fevereiro de 2016**, por volta das 09h45min, o denunciado **David Eleotério Lopes** foi flagrado **em sua residência**, situada na Rua Silvino Rovaris, s/n, Bairro Paraíso, nesta cidade de Criciúma (3º apartamento 'de Cohab', no lado esquerdo, na Rua de fundos do 'Bar Flamenguinho'), pelos policiais militares Luiz Roberto Teixeira da Silva e Everton Artur da Silva, mantendo sob sua guarda ou em depósito, no interior de tal imóvel, **3 (três) invólucros de plástico incolor que continham, no total, 42g (quarenta e dois gramas) da erva Cannabis sativa (maconha)**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, visando o comércio ilegal (ver auto de apreensão de fls. 11-51 e laudos de fls. 12-52 e 67/70). Assim agindo, cometeu o denunciado David Eleotério Lopes o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06" (e-STJ fls. 77-78).*

Verifica-se que o Juiz de piso homologou o flagrante e o converteu em prisão preventiva, em **3/2/2016**, ao fundamento de que "o envolvimento da família Eleotério Lopes com o tráfico de drogas naquela região é voz corrente nos meios policiais e também judiciário" (e-STJ fl. 66).

Destacou o Magistrado processante na ocasião que o "pai do Júlio Eleotério Lopes, e do irmão, Júlio David Rabello Lopes são ambos réus na ação penal n.º 0003366-22.2015.8.0020, em trâmite nesta Unidade, onde se apura seu envolvimento com o tráfico de drogas", logo "é plausível que o conduzido siga à frente dos negócios da família" (e-STJ fls. 66-67).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, concluiu o Togado singular que *"a manutenção da prisão do conduzido se mostra como a única maneira viável para obstar a continuidade da prática delitiva, uma vez que David nada mais fez do que continuar o legado de seu pai e irmão"*, justificando a prisão *ante tempus* na necessidade de *"retirar de circulação aqueles que pareciam ser os cabeças do tráfico de drogas no bairro"* (e-STJ fl. 68).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que concedeu a ordem, confirmando a medida liminar anteriormente deferida, para restituir a liberdade provisória ao paciente, com imposição de medidas cautelares outras, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Na ocasião, entendeu a Corte estadual ser inviável a manutenção do paciente no cárcere, uma vez que a fundamentação utilizada para tanto - gravidade abstrata e histórico criminal de parentes - não se mostra hábil ao fim pretendido, ressaltando a primariedade do paciente e a *"quantidade de entorpecentes apreendida em sua morada (ou 142 g (fl. 52) ou 42 g (fl. 68) de maconha, curiosa discrepância entre o laudo provisória e o definitivo)"*, concluindo que *"deve ser-lhe restituído o estado de liberdade com a imposição de medidas cautelares diversas do aprisionamento"* (e-STJ fl. 102).

Delineado o contexto fático processual, insta consignar, inicialmente, que, com a advento da Lei n. 12.403/2011, passou o legislador a prever outras medidas cautelares que deverão ser impostas preferencialmente à segregação, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, figurando agora a custódia processual como a última medida a ser decretada.

Acerca do tema ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, na obra Curso de Direito Processual Penal (ed. JusPodium, 7ª ed., pg. 673):

"As medidas cautelares são passíveis de aplicação ao longo de toda a persecução penal, é dizer, durante toda a investigação criminal, seja ela conduzida pela polícia ou por outros órgãos de investigação, como as CPI's, e durante o processo.

Não há, na lei, prazo de durabilidade da medida. portanto, a dilação no tempo depende de fator necessidade. A depender do estado das coisas (cláusula rebus sic stantibus), e da adequação ao caso concreto, a cautelar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não mais se faça necessária. Sobrevindo novas provas indicando a sua conveniência, nada impede que seja red decretada.

Por outro lado, a razoável duração das medidas cautelares é também vetor interpretativo, por conduto do art. 5º, inc. LXXVIII da CF. A dilação excessiva da cautelar pode trazer constrangimento ilegal, afinal, mesmo sendo substitutivas do cárcere, elas importam ônus e limitação ao imputado, inclusive quando o seu direito de ir, vir e ficar, como no momitoramente eletrônico, na proibição de frequentar determinados lugares, na proibição de ausentar-se da comarca e do recolhimento domiciliar. Portanto, a irrazoabilidade temporal denota a ilegalidade da medida, desafiando mandado de segurança e até mesmo habeas corpus".

No mesmo sentido a lição de Aury Lopes Jr.:

"A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como última ratio do sistema. A adequação vem ainda prevista expressamente no art. 282, II, do CPP. [...]

Mas cuidado: eventuais medidas alternativas não podem ser banalizadas e servir para aumentar a intervenção penal de forma injustificada. Tampouco podemos desprezar a gravidade das restrições que elas impõem.

Medidas como as de proibição de frequentar lugares, de permanecer, e similares, implicam verdadeira pena de 'banimento', na medida em que impõem ao imputado severas restrições ao seu direito de circulação e até mesmo de relacionamento social. Portanto, não são medidas de pouca gravidade.

Último aspecto a ser observado é que as medidas cautelares diversas também estão submetidas aos princípio gerais das medidas cautelares, dentro do que lhes for aplicável [...]" (LOPES, JR., Aury. Direito Processual Penal - 13ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 614 e 675/676).

E continua o magistério do renomado autor:

"A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

São balizas para aplicação das medidas cautelares diversas:

*. Nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva;*

*. nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver a decretação de medida cautelar;*

*. nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, e exista uma das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva.*

As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativa à prisão cautelar reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado" (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal - 15ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 660-661).

Todavia, verifica-se dos excertos acima transcritos que, para a imposição das referidas cautelares, da mesma forma que na prisão preventiva, deverá ser observada a presença do *fumus comissi delicti* - materialidade e indícios de autoria - e do *periculum* ao regular andamento da ação penal, sendo necessário, ainda, em cada caso concreto, o exame dos vetores necessidade e adequabilidade.

No caso, vislumbra-se com razão a impetrante quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, derivado da ausência de fundamentação idônea para a imposição das medidas cautelares impostas ao ora paciente.

Isso porque, da leitura da decisão atacada, observa-se que a revogação da prisão preventiva do ora paciente foi condicionada às medidas cautelares menos gravosas de i) comparecimento mensal em Juízo, ii) proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial, iii) recolhimento domiciliar após as 20h, bem como nos finais de semana e feriados, iv) comparecimento a todos os atos processuais aos quais for intimado e v) não mudar de endereço sem prévia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunicação judicial.

E, para tanto, limitou-se o Tribunal de origem a ressaltar a ausência de fundamentação idônea do decreto preventivo, a primariedade do paciente e a reduzida quantidade da droga apreendida - 42 g ou 142 g de maconha.

Com isso, constata-se que, ao fixar as medidas supra mencionadas, o Colegiado local eximiu-se de indicar elementos concretos contidos nos autos que evidenciarão a presença do *periculum libertatis* exigido para imposição das medidas restritivas e, por consequência, a adequação e a proporcionalidade de tais cautelares, que, conforme a jurisprudência desta Corte, são requisitos legais e necessários à referida imposição.

Por certo, em casos análogos, esta Corte tem entendido não ser devida a manutenção das medidas cautelares, por se tratar de constrangimento ilegal, ainda que o delito imputado ao paciente revista-se de caráter grave.

Nesse norte:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ATENDIMENTO AO BINÔMIO ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Não apresentada fundamentação concreta para fixação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP que evidenciem a adequação e proporcionalidade destas medidas, com base em elementos concretos dos autos, fica configurada ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Recurso em habeas corpus provido, para o fim de revogar a medida cautelar de recolhimento noturno e em dias de folga.

(RHC 67.173/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016)

Ademais, observa-se dos autos que a liberdade de ir, vir e ficar do paciente encontra-se limitada há mais de 2 (dois) anos (desde a prisão em flagrante ocorrida em 3/2/2016), sendo que é primário, com residência fixa e a quantidade da droga apreendida não é relevante (142 g de maconha).

Vislumbra-se, portanto, que o acórdão ora impugnado, que determinou ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente o comparecimento mensal em Juízo, a proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial, o recolhimento domiciliar após as 20h, bem como nos finais de semana e feriados, o comparecimento a todos os atos processuais aos quais for intimado e, por último, a comunicação judicial de eventual mudança de endereço, não demonstrou a imprescindibilidade, a suficiência e a adequação das medidas cautelares impostas, o que reclama a atuação desta Corte para sanar o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o acautelado.

Diante do exposto, **concede-se a ordem**, para revogar as medidas cautelares impostas ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0185915-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 362.982 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006161320168240020 2381600005 238160005 40024443620168240000
6161320168240020

EM MESA

JULGADO: 16/10/2018

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 SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DAVID ELEOTERIO LOPES (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, 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.