



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.245 - SP (2014/0148326-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA CRISTINA DE PAULA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.

2. 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.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGENTE PRIMÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA RÉ AOS CUIDADOS DO FILHO MENOR DE 6 (SEIS) ANOS. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 posterior.

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

3. No caso, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande porte, e às condições pessoais do agente, primária, possuidora de domicílio certo e com filho menor de 6 (seis) anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.

5. A prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando a agente for comprovadamente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência (art. 318, III, CPP).

6. Não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar quando não comprovada a imprescindibilidade da ré aos cuidados do filho menor de 6 (seis) anos de idade.

7. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, II, IV e V, do Código de Processo Penal, devendo o Juízo singular estipular a distância mínima que deverá manter do local onde supostamente comercializava drogas.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.245 - SP (2014/0148326-6)

IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA CRISTINA DE PAULA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de JULIANA CRISTINA DE PAULA contra acórdão da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no *Writ* n.º 2046431-73.2014.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva da paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciada pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a manutenção da constrição antecipada da paciente.

Argumenta que haveria a possibilidade de substituição da custódia provisória pela medida cautelar de prisão domiciliar, prevista no art. 318, inciso III, do CPP, tendo em vista que a paciente possui um filho de apenas 3 (três) anos de idade, que dependeria de seus cuidados, sobretudo por não possuir pai registrado, conforme certidão de nascimento anexada aos autos.

Requeru, liminarmente e no mérito, a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *writ*, ou, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 103 a 112).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.245 - SP (2014/0148326-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses incorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

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 dos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por este Superior Tribunal de Justiça.

Compulsando os autos infere-se que a paciente e outro agente foram presos em flagrante delito e em seguida restaram denunciados pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, no dia 7-2-2014, foram surpreendidos, nas imediações de estabelecimento de ensino, trazendo com eles o total de 8 (oito) *ependorfs*, contendo 5g (cinco gramas) de cocaína, além da quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais) em dinheiro.

Verifica-se que o Juízo singular converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto entendeu necessária a medida extrema, diante da presença dos pressupostos e fundamentos insertos no art. 312 do CPP, especialmente a garantia da ordem pública, considerando, sobretudo, a gravidade do delito, uma vez que *"o tráfico de drogas enseja nefastas conseqüências à toda sociedade e ao próprio usuário, seja por expor a sério risco pessoas inocentes ou, então, por financiar o crime organizado, sendo a mola propulsora de toda sorte de delitos contra a vida e patrimoniais"* (fl. 53).

Formulados pedidos de liberdade provisória (fls. 16/17), estes restaram indeferidos, por não haver qualquer alteração fática a ensejar a liberdade da paciente.

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, entendendo suficiente e fundamentada a decisão singular, denegou a ordem, ao argumento de que *"a custódia cautelar é necessária para garantia da ordem pública, notadamente em virtude da gravidade do crime e da natureza da droga apreendida (cocaína)"* (fl. 13).

Na ocasião, destacou-se, ainda, que *"na hipótese dos autos não foi demonstrada a imprescindibilidade da paciente para os cuidados de seu filho. Com efeito, ela relatou, quando ouvida na delegacia de polícia, que morava com seus pais e a criança frequentava uma creche. Então, como é possível que já venha ocorrendo, o filho de Juliana pode ficar aos cuidados de seus avós, com os quais já residia"* (fls. 12/13).

Esclarecidos os fatos, verifica-se que a custódia da paciente foi justificada na necessidade de acautelamento da ordem pública, haja vista a gravidade do delito pelo qual é acusada - tráfico de entorpecentes - e o risco de reiteração criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, levando-se em consideração 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, as circunstâncias do caso autorizam a conclusão pela suficiência da imposição das medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que a paciente foi presa em flagrante delito na posse de pequena quantidade de material tóxico, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande porte, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Com efeito, referida lei, em seu art. 282, § 6º, dispõe que: "*A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*".

Assim, por disposição legal, a referida 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, **ao que consta, primária, com residência fixa e filho menor de 6 (seis) anos.**

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, outrossim, 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.

[...]

*[...]. **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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade.
(páginas 718 e 719 - grifos próprios)*

Por outro lado, 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).

Ora, o art. 319 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 12.403/2011, traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, **sempre observado o binômio proporcionalidade e adequação**.

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.*

[...]

Na espécie, como visto, trata-se de agente primária, com domicílio certo, surpreendida na posse de pequena quantidade de material tóxico, circunstâncias que levam a antever, em cognição sumária, própria da via restrita do *habeas corpus*, que a reprimenda eventualmente que lhe for aplicada poderá vir a ser descontada em regime mais benéfico do que aquele em que ora se encontra, o que evidencia a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcionalidade da segregação antecipada e a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os fins acautelatórios pretendidos.

Nesse contexto, e apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das particularidades do caso concreto - acusação do cometimento de tráfico de entorpecentes -, 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.

Destaca-se que a incidência da restrição descrita no inciso II do art. 319 do CPP é necessária para que a paciente mantenha a devida distância do local onde supostamente comercializava drogas, devendo o Juízo singular estipular a referida distância mínima que terá que guardar da Escola Estadual Professora Joanita Kammer Martins Pereira.

Por fim, quanto à pretendida substituição da medida extrema por prisão domiciliar, dita o art. 318 do CPP que:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Como leciona a doutrina:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] algumas das hipóteses legais (do art. 318, do CPP) podem se revelar incompatíveis com a finalidade da preventiva, cabendo ao Poder Judiciário um mínimo de reserva crítica quanto ao sentido e amplitude da prisão domiciliar, de modo a não se frustrarem os objetivos perseguidos na decretação da prisão preventiva.

[...]

Impõe-se, portanto, um exame mais cuidadoso de cada caso concreto, a fim de se evitar (a) tantos a perda completa de eficácia da prisão domiciliar, ao fundamento da permanência dos riscos; e (b) quanto a perda igualmente completa da eficácia da preventiva fundamentadamente decretada.

(Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 645).

No caso em exame, consta que a paciente tem um filho menor, atualmente com 4 (quatro) anos de idade, e que a pretendida substituição da medida extrema pela prisão domiciliar foi rechaçada com fundamento na ausência de demonstração da sua imprescindibilidade aos cuidados da criança, porquanto esta reside com os avós e frequenta uma creche.

Nesse contexto, devidamente justificado o indeferimento da prisão domiciliar pela Corte Estadual, inviável acolher a aventada ilegalidade do acórdão nesse ponto, uma vez que o impetrante deixou de demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 318, inciso III, do CPP, pela paciente.

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 revogar a prisão preventiva da paciente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, II, IV e V, do Código de Processo Penal, devendo o Juízo singular estipular a distância mínima que JULIANA CRISTINA DE PAULA terá que guardar da Escola Estadual Professora Joanita Kammer Martins Pereira.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0148326-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.245 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004798820148260038 11832014 1892014 20130000569734 20140000343823
20464317320148260000 4798820148260038

EM MESA

JULGADO: 12/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA CRISTINA DE PAULA (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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.