



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.043 - SP (2017/0170462-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF RAFAEL DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. 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 estupefaciente 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, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.043 - SP (2017/0170462-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF RAFAEL DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALEF RAFAEL DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2095718-97.2017.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do crime previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a decisão que ordenou a prisão preventiva da paciente é carente de fundamentação concreta, porquanto embasada na gravidade em abstrato do delito, em tese, cometido, reputando ausentes os requisitos da medida extrema, previstos no art. 312 do CPP.

Alega que o paciente é primário, possui bons antecedentes, residência fixa, trabalho lícito e família constituída, predicados que lhe autorizariam a responder solta ao processo.

Defende que não ficou demonstrado de que forma a acusada, em liberdade, poderia causar embaraço à ordem pública, à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema.

Argumenta, por fim, a excepcionalidade da medida extrema, enfatizando que o paciente faria jus a substituição da preventiva por medidas cautelares descritas no art. 319 do CPP.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que fosse revogada a segregação cautelar do paciente, ou, subsidiariamente, a sua substituição do cárcere por medidas cautelares mais brandas (art. 319 do CPP), expedindo-se alvará de soltura em seu favor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.043 - SP (2017/0170462-2)

VOTO

O 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 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 por este Superior Tribunal de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 16-5-2017**, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/2006, porque, trazia consigo e tinha em depósito, para o fornecimento a consumo de terceiros, 13 (treze) porções de maconha, pesando 24,96 g (vinte e quatro gramas e noventa e seis decigramas, 03 (três) pedras de crack, pesando 0,72g (setenta e dois decigramas) e 05 (cinco) microtubos contendo cocaína, pesando 10,30g (dez decigramas e trinta gramas).

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

Ocorre que guardas municipais, em patrulhamento de rotina pelo local, avistaram o denunciado mexer em uma lajota do muro, o qual ao perceber a aproximação da guarnição, tentou fuga, todavia, sem êxito, foi abordado.

Em revista pessoal, os agentes públicos encontraram, no interior do bolso do denunciado, três porções de "Maconha" e a quantia de R\$ 31,50 (trinta e um reais e cinquenta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

centavos) em dinheiro e, em buscas pelo local onde ALEF RAFAEL foi inicialmente visto, lograram êxito em localizar outras dez porções de "Maconha" idênticas as anteriormente apreendidas, cinco microtubos de Cocaína e três pedras de "Crack".

As circunstâncias da prisão, a quantidade e diversidade de drogas, a quantia em dinheiro, a forma como os entorpecentes estavam embalados e o local dos fatos, já conhecido como ponto de venda de drogas, deixam certo que o denunciado ali desenvolvia a comercialização ilícita de entorpecentes.

Perante a d. Autoridade Policial, o denunciado confessou o crime, afirmando que ao pegar a droga para vender e consumir foi preso por guardas municipais (fls. 06)" (e-STJ fls. 78-80).

Verifica-se que o Magistrado singular, em 17-5-2017, converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva, por entender a medida necessária para o acautelamento da ordem pública, vulnerada diante das circunstâncias e da gravidade concreta do delito, considerou que o *"autuado não ostenta outras passagens criminais, contudo é de saltar aos olhos a quantidade de atos infracionais cometidos por Alef enquanto adolescente o que denota sua má conduta social, demonstrando que todas as medidas sócio educativas que lhe foram impostas em nada surtiram efeito"* (e-STJ fl. 34).

Na ocasião, o Juízo primevo entendeu *"que as medidas cautelares do rol do artigo 319 do CPP se mostram insuficientes e inadequadas, uma vez que a concessão da liberdade neste momento, se mostra prematura Há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva"* (e-STJ fl. 34).

Destacou ainda que a *"quantidade de drogas apreendidas bem como a forma como estavam acondicionadas demonstra que as mesmas se destinavam ao comércio maldito. Desta forma, entendo que a constrição cautelar é medida de rigor para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal Os fatos padecem de uma análise mais profunda"* (e-STJ fl. 34).

Concluiu ponderando que *"eventuais condições favoráveis ao autuado não são obstáculos á prisão preventiva conforme preceitua o poder geral de cautela concedido ao magistrado, até porque, em homenagem ao principio da proporcionalidade, tais circunstâncias eventualmente favoráveis ao autuado devem ser*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mitigadas frente ao interesse de toda uma sociedade, uma vez que a conduta do autuado é de extrema gravidade" (e-STJ fl. 34).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por sua vez, denegou a ordem a ordem visada, consignando que *"apesar do ora paciente não ostentar antecedentes, o caso ora em apreço exige uma análise mais criteriosa em razão da quantidade e variedade de entorpecente apreendida, bem como a forma como estava acondicionada"* (e-STJ fl. 74).

Aduziu o órgão Colegiado ainda, que a *"quantidade de entorpecente apreendida, com efeito, conquanto não seja vultosa, não deixa de ser expressiva. O laudo toxicológico concluiu, ademais, que a apreensão refere-se a maconha e cocaína, sendo que parte significativa do entorpecente estava sob a forma de "crack", substância altamente viciante e dotada de grande potencial nocivo para a saúde dos usuários"* (e-STJ fls. 74-55).

Asseverou, por fim, que a *"aplicação das medidas cautelares enumeradas pelo legislador na atual redação do art. 319 do CPP é, de outra parte, descabida", porquanto, "estando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312), serão descabidas quaisquer outras medidas cautelares mais favoráveis ao paciente, em especial se considerada a equação necessidade/adequação (...)"* (e-STJ fls. 74-75).

Delineado o contexto processual, passa-se à análise dos fundamentos invocados neste reclamo.

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 trazendo consigo e mantendo em depósito reduzida quantidade de material tóxico - **24,96 g de maconha, 0,72 g de crack e 10,30 g de cocaína** -, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do acusado, 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, 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:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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, e 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 prisão preventiva da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0170462-2

HC 408.043 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087207320178260320 20957189720178260000 87207320178260320

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

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
ADVOGADO : LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEF RAFAEL DE SOUZA (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.