



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.937 - TO (2013/0418925-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : WDSO DE CARVALHO COSTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E COM RESIDÊNCIA FIXA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA.

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, por força do princípio da proporcionalidade, 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, menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do delito, primário e possuidor de domicílio certo.

4. 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 aos fins a que se propõem.

5. Recurso provido, em menor extensão, para revogar a custódia preventiva do recorrente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, em menor extensão, 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), 18 de março de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.937 - TO (2013/0418925-7)

RECORRENTE : WDSOON DE CARVALHO COSTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela Defensoria Pública em favor de WDSOON DE CARVALHO COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que denegou a ordem no *Writ* n.º 5009210-12.2013.827.0000, mantendo a decisão que converteu a sua prisão em flagrante, ocorrida em 27-9-2013, em preventiva, nos autos da ação penal em que responde pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teriam sido apresentados fundamentos concretos que justificassem a preservação da constrição antecipada.

Alega que, com o advento da Lei n.º 12.403/2011, a custódia antes do trânsito em julgado da condenação seria uma medida excepcional que somente deveria ser utilizada em situações específicas.

Ressalta que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido que seria possível a revogação da prisão preventiva mediante a aplicação das medidas cautelares, ainda que a acusação seja relativa ao delito de tráfico de drogas.

Considera que a segregação processual seria desnecessária, pois além da pequena quantidade de entorpecente apreendida em seu poder, é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, predicados que lhe permitiriam responder a ação penal em liberdade.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso, para que seja revogada a prisão preventiva, com a expedição do competente alvará de soltura em seu favor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contraarrazoado o reclamo, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça, onde o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu conhecimento e **provimento**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.937 - TO (2013/0418925-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Dos elementos que instruem os autos infere-se que o recorrente foi preso em flagrante em 27-9-2013, convertida a segregação em preventiva, e findou denunciado por violação ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, dada a apreensão em seu poder de: 6 (seis) pedras de *crack*, sendo 2 (duas) maiores e 2 (duas) menores, pesando no total aproximadamente 3,540 g (três gramas e quinhentos e quarenta miligramas); 2 (duas) trouxinhas de maconha, com peso líquido aproximado de 3 g (três gramas); um aparelho celular; e a quantia de R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) em dinheiro.

O Juízo singular converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto entendeu necessária a custódia antecipada, diante da presença dos pressupostos insertos no art. 312 do CPP, pois *"conforme pode se depreender pelo Laudo Pericial apresentado, nos objetos apreendidos na posse do flagrado foram detectados resíduos derivados dos princípios ativos da cocaína e maconha"* (fls. 32), mencionando a vedação da concessão de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Formulado pedido de revogação da prisão preventiva, este restou indeferido pelo magistrado, por não haver qualquer alteração fática a ensejar a liberdade do recorrente, destacando o togado que *"a circunstância de supostamente possuir residência fixa no distrito da culpa não obsta a manutenção de sua segregação cautelar diante das circunstâncias em que se desenvolveram os fatos"* (fls. 35).

Na ocasião, afirmou-se, ainda, que *"em que pese o entendimento de que a vedação à liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei 11.343/06 seria inconstitucional, cumpre enfatizar a decisão que decretou a prisão preventiva não se embasou única e exclusivamente na literalidade do referido artigo, vez que preenchidos os requisitos autorizadores da prisão cautelar"* (fls. 35).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, ao argumento de que a segregação cautelar se fazia necessária para a garantia da ordem pública, diante da gravidade do delito de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes (fls. 32 a 40).

Esclarecidos os fatos, verifica-se que a custódia do recorrente foi justificada na necessidade de acautelamento da ordem pública, haja vista a gravidade do delito pelo qual é acusado - tráfico de entorpecentes - e do risco de reiteração criminosa, caso fosse colocado em liberdade.

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 o recorrente foi preso 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, **no caso com apenas 20 (vinte) anos ao tempo do crime e, ao que consta, primário e com residência fixa (fls. 10 a 12).**

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541)

Aliás, 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**.

E, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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).

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.

[...]

E, na espécie, como visto, trata-se de agente, ao que consta, primário,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com domicílio certo no distrito da culpa, surpreendido 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 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), 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, dá-se parcial provimento ao recurso, embora em menor extensão, para revogar a prisão preventiva do recorrente, 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: 2013/0418925-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 43.937 / TO

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50092101220138270000 50327392120138272729 572588587513

EM MESA

JULGADO: 18/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : WDSOON DE CARVALHO COSTA (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

ASSUNTO: DIREITO PENAL

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, deu provimento ao recurso, em menor extensão, 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.