



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.701 - SP (2018/0045017-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON INACIO FERNANDES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RESISTÊNCIA. 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, não obstante a reprovabilidade da conduta, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de ínfima quantidade de estupefaciente e a primariedade do paciente.

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 junho de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.701 - SP (2018/0045017-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON INACIO FERNANDES (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WELLINGTON INACIO FERNANDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2236662-52.2017.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e no art. 329, *caput*, do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar o decreto e a manutenção da custódia cautelar do paciente, uma vez que não teria sido demonstrado, concretamente, como a sua liberdade poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da preventiva, previstos no art. 312 do CPP.

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 reclama não haver sido efetivada, *in casu*.

Alega que o paciente faria jus a substituição da preventiva por medidas cautelares descritas no art. 319 do CPP, sobretudo porquanto ostenta condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita.

Defende, por fim, que seria um constrassenso a manutenção do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encarceramento antecipado do paciente, uma vez que, diante da efetiva possibilidade de ser beneficiado com a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, "*nem com eventual sentença condenatória [...] terá sua segregação social decretada*" (e-STJ fl. 12).

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que fosse revogada a segregação cautelar do réu, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor ou, subsidiariamente, a substituição do cárcere por medidas cautelares mais brandas (art. 319 do CPP), "*mais precisamente o comparecimento periódico em juízo e/ou o uso de tornozeleira*" (e-STJ fl. 15)

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.701 - SP (2018/0045017-0)

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 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 8-12-2016**, convertida a segregação em preventiva, restando denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e no art. 329, *caput*, do CP, porque *"transportou, para fins de tráfico, 05 (cinco) porções de cocaína, bem como vendeu 01 (uma) porção da mesma droga, além de, na residência situada à r. Arapongas, nº 261, Recanto dos Pássaros, nesta cidade, guardar, também para o mesmo fim, outras 49 (quarenta e nove) porções de cocaína e cerca de 11g. (onze gramas) de Cannabis sativa L. (auto de constatação preliminar a fl. 24/25, totalizando cerca de 47g de cocaína), sem qualquer autorização"*, constando, ainda, que *"nas mesmas circunstâncias de tempo, [...], o denunciado, opôs-se à execução de sua prisão, mediante violência perpetrada contra os policiais militares [...] competentes para executá-la"* (e-STJ fl. 27).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

Segundo se noticia, policiais militares receberam delação dando conta de que, no mencionado bar, o denunciado estaria praticando o tráfico de drogas, razão pela qual passaram a monitorar o local. Então, durante a empreitada, com o auxílio de um binóculo, os milicianos visualizaram o increpado, na calçada do estabelecimento, entregando algo a outro indivíduo.

Diante disso, submeteram o indigitado à revista pessoal, encontrando em seu poder a quantia de R\$ 308,00, em espécie, e, com o outro indivíduo, localizaram a porção de cocaína que ele acabara, de adquirir do increpado. Incontinenti, em busca de mais drogas, os milicianos dirigiram-se até o veículo do denunciado, momento em que ele tentou empreender fuga, entrando em luta corporal com o policial Moisés dos Santos Oliveira, desferindo-lhe um soco no rosto, além de morder seu braço. Também, durante o entrevero, o policial militar Gabriel sofreu lesão em uma de suas mãos.

Em continuação às buscas no interior do veículo, logrou-se encontrar, próximo ao "câmbio", mais 05 porções de cocaína, embaladas separadamente em um saco plástico transparente, além de R\$ 370,00 em dinheiro.

Ainda, os milicianos deslocaram-se até a residência do denunciado e lograram encontrar sobre a geladeira uma balança de precisão, uma colher com resquícios de cocaína, vários sacos plásticos transparentes e 02 porções de maconha. Além disso, localizaram outras 49 porções de cocaína, embaladas separadamente em plástico transparente, dentro de um pote no interior do armário da cozinha e, em vistoria pelo quarto, encontraram outra porção de maconha e a quantia de R\$ 72,00 em espécie. (e-STJ fls. 205-206)

Verifica-se que o Togado plantonista converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva, notadamente a bem da ordem pública, destacando "a gravidade in concreto do delito", bem como a "considerável quantidade de entorpecente" apreendido (e-STJ fl. 36).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, considerando devidamente fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, mantendo a prisão preventiva da paciente, , argumentando que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"O paciente está sendo processado por crimes de extrema gravidade (tráfico de entorpecentes e resistência à execução de ato legal, mediante emprego de violência real contra policial militar fls. 134/136), um deles considerado hediondo, e que estão atormentando e deixando em pânico a população, bem como abalando a tranquilidade social, com inegável afronta à ordem pública" (e-STJ fl. 23).

Acrescentou o Colegiado, outrossim, que *"em se tratando de crimes graves, nem mesmo a alegação de ser primário, não registrar antecedente criminal, possuir residência fixa e ocupação lícita ou, ainda, militar o princípio da presunção de inocência, teriam o condão, por si só, de conferir ao paciente o direito de responder o processo em liberdade" (e-STJ fl. 24).*

Esclareceu o Órgão Julgador, ademais, que os *"demais pontos abordados na presente impetração atinentes à atipicidade da conduta, ao regime prisional que será estabelecido em eventual condenação e à eventual possibilidade da substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou à concessão do sursis não podem ser analisados neste instante, pois é sabido que o habeas corpus tem cabimento em todos os casos de violação ou de ameaça à liberdade de locomoção e somente pode ser concedido em caso de ofensa a um direito líquido e certo do paciente, cuja existência independa do exame e valoração de provas, o que, à evidência, não é a hipótese dos autos" (e-STJ fls. 25-26).*

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 - **11 gramas de maconha e 47 gramas 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, sobretudo **considerando-se que sua prisão cautelar teve início em 8-12-2016, ou seja, já perdura por mais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses**.

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 à condição de réu tecnicamente primário ostentada pelo agente.

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 e do HC 244.825/AM, da relatoria da Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA, julgado em 22/10/2013, em que se afirmou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 CPP.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0045017-0

HC 438.701 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000188112016 00001881120168260623 188112016 1881120168260623 20180000099310
22366625220178260000

EM MESA

JULGADO: 21/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON INACIO FERNANDES (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.