



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.603 - SP (2016/0017708-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JADER ROBERTO BORGES E OUTRO
ADVOGADO : JADER ROBERTO BORGES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR PEREIRA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. APREENSÃO DE POUCA QUANTIDADE DE DROGA. AGENTE PRIMÁRIO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SEGREGAÇÃO DESPROPORCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. 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 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.
4. 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 proporção, e às condições pessoais do agente, primário e com ocupação lícita comprovada nos autos.
5. 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 medidas diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.
6. *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, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.603 - SP (2016/0017708-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JADER ROBERTO BORGES E OUTRO
ADVOGADO : JADER ROBERTO BORGES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR PEREIRA DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GILMAR PEREIRA DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n.º 2233893-42.2015.8.26.0000, mantendo a custódia cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a prisão preventiva do paciente teria sido decretada com base em fundamentação genérica, sem que fosse demonstrado, concretamente, como a sua liberdade poderia colocar em risco a ordem pública, a aplicação da lei penal ou a efetividade da instrução criminal, reputando ausentes os requisitos necessários para justificar a medida extrema, previsto, no art. 312 do Código Processual Penal.

Defendem que, diante do decurso do tempo, os registros criminais anteriores de GILMAR não mais poderiam configurar reincidência ou maus antecedentes, sendo, portanto, imprestáveis para justificar a necessidade de preservação de sua constrição antecipada para o fim de evitar reiteração criminosa.

Apontam a ilegalidade da prisão em flagrante do paciente uma vez que ele teria se apresentado *"espontaneamente perante a delegacia de policia a pedido dos policiais militares, que teve inclusive o acompanhamento da sua esposa em seu próprio veículo"* (e-STJ fls. 7) e *"não foi pego em poder de qualquer substância entorpecente"* (e-STJ fls. 17).

Afirmam que as provas produzidas nos autos evidenciariam diversas contradições e incoerências nos fatos narrados pelos agentes de polícia responsáveis pelo flagrante, os quais serviram de fundamento para a manutenção do paciente no cárcere.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enfatizam que o paciente é primário, possui ocupação lícita e residência fixa, predicados que lhe permitiriam responder ao processo em liberdade.

Alegam a excepcionalidade da segregação *ante tempus*, que, com o advento da Lei n. 12.403/2011, somente deveria ser imposta quando se mostrasse insuficiente a aplicação de medidas alternativas.

Requereram, assim, liminarmente e no mérito, a revogação da custódia antecipada do paciente, aplicando-se-lhe quaisquer medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP).

A liminar foi indeferida.

Informações 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 347.603 - SP (2016/0017708-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): 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 mostra-se patente, justificando a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante **no dia 21-10-2015**, acusado de trazer consigo e vender para terceiros o total de 8,79 g de cocaína.

Na decisão que converteu o flagrante em preventiva, **isso em 23-10-2015**, narrou o Magistrado singular o seguinte quanto aos fatos:

Em síntese, os policiais militares informaram que encontravam-se em patrulhamento de rotina quando avistaram o indiciado Adriano recebendo um saquinho branco de Gilmar. Após tal fato, cada um dos autuados deixou o local tomando rumos opostos.

Adriano saiu caminhando, tendo sido abordado pelos policiais militares, ocasião em que em seu poder foram encontrados certa quantidade de cocaína, um frasco de fermento Royal e um rolo de papel alumínio.

Ao deliberarem por abordar Adriano, os policiais requisitaram via rádio o auxílio de outra viatura, a qual logrou êxito em abordar Gilmar que, após a entrega da substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a Adriano, havia adentrado em seu veículo e arrancado. Em seu poder foi encontrada a quantia de R\$ 149,00 (cento e quarenta e nove reais).

Ao ser abordado, Adriano admitiu aos policiais ter adquirido a droga pelo valor de R\$ 100,00 (cem reais), negando-se a apontar Gilmar como sendo a pessoa de quem fez a aquisição, alegando ter feito a mesma de um motociclista que não soube identificar.

Em seu interrogatório, Adriano novamente alegou ter adquirido a droga de um motociclista desconhecido, bem como justificou que o fermento seria utilizado na feitura de um bolo e o papel alumínio para embalar carnes que seriam assadas.

Já Gilmar, ao ser interrogado, negou ter vendido a droga, alegando que havia acabado de roçar o campo do Parque do Atleta e em seguida passou em uma oficina, tendo sido posteriormente abordado por policiais militares.

A despeito da negativa dos autuados, os relatos das testemunhas traduzem, por ora, convencimento a respeito da possível prática do nefasto comércio de entorpecentes: em síntese, Gilmar teria vendido cocaína para Adriano, negociação que restou presenciada pelos milicianos.

Com Gilmar foi encontrado dinheiro (provavelmente decorrente do pagamento da droga) e com Adriano o estupefaciente, além de papel alumínio e um frasco de fermento "Royal", cuja explicação para posse de tais objetos não parece convincente. (e-STJ fls. 51 e 52)

Na oportunidade, entendeu o Togado que a preventiva seria devida como forma de preservar a ordem pública, destacando que *"não há qualquer informação segura e idônea de que os autuados desempenhem atividade lícitas que lhes garantam o sustento"* tendo considerado, ainda, *"que Gilmar ostenta antecedente criminal pela prática de tráfico e, em caso de eventual condenação, ambos os indiciados deverão iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, mostrando-se inadequada a fixação de medidas cautelares alternativas à prisão"* (e-STJ fls. 52-53).

Irresignada, a defesa impetrou remédio constitucional perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por sua vez, denegou a ordem, mantendo o encarceramento processual sob o argumento de que: *"o ora paciente ostenta antecedentes (conforme pesquisa realizada junto ao sítio eletrônico da VEC <http://intinfo.tj.sp.gov.br/vec>), além do que, o caso ora em apreço exige uma análise mais criteriosa em razão da dinâmica concreta dos fatos. Embora a quantidade de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente apreendida com o corréu seja relativamente pequena, o laudo concluiu tratar-se de "cocaína", substância altamente viciante e dotada de grande potencial nocivo para a saúde dos usuários. Além disso, foi o ora paciente que entregou o tóxico para o corréu e, por isso, tinha em seu poder a quantia de R\$ 149,00" (e-STJ fls. 37 e 38).

Delineado o contexto fático, tem-se que assiste razão em parte ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal na manutenção da constrição processual do ora paciente.

Com efeito, tem-se que, na hipótese dos autos, a custódia foi justificada nos termos do art. 312 do CPP, diante da necessidade de acautelamento especialmente da ordem pública, haja vista a gravidade do delito pelo qual está sendo acusado o paciente - tráfico de entorpecentes.

Entretanto, não desprezando a gravidade das acusações lançadas 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 acusado de haver comercializado de reduzida quantidade de material tóxico - 8,79 gramas de cocaína -, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Ademais, ao que consta da Folha de Antecedentes acostada às e-STJ fls. 108 a 114, o paciente é primário, possuindo apenas uma condenação anterior datada de 1.995, cuja reprimenda foi julgada extinta ante o integral cumprimento em 11-2-2003 e, portanto, há mais de 13 (treze) anos atrás.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente em último caso, quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente que, além de ser primário, comprovou desempenhar ocupação lícita (e-STJ fls. 66-67 e 71).

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.

Não se pode olvidar, por outro lado, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, acusado de haver comercializado pequena quantidade de material tóxico, são circunstâncias que levam a antever, em cognição sumária, própria da via restrita do recurso ordinário em *habeas corpus*, que o agente será beneficiado com a aplicação da causa redutora de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, permitindo que a reprimenda que eventualmente lhe for aplicada possa vir a ser descontada em regime mais benéfico do que aquele em que ora se encontra, o que denota a desproporcionalidade da segregação e a suficiência e adequação das cautelares alternativas, menos gravosas, para alcançar os fins acautelatórios pretendidos.

As particularidades acima apontadas não podem ser desconsideradas pelo julgador, mormente em se tratando do direito à liberdade, e evidenciam 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0017708-6

HC 347.603 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00051689020158260637 20150000965428 22338934220158260000 51689020158260637

EM MESA

JULGADO: 10/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JADER ROBERTO BORGES E OUTRO
ADVOGADO : JADER ROBERTO BORGES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR PEREIRA DE SOUZA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.