



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.333 - SP (2017/0100648-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS FRANCISCO BARRINHO DIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. 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 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, incisos 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), 22 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.333 - SP (2017/0100648-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS FRANCISCO BARRINHO DIAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MATHEUS FRANCISCO BARRINHO DIAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* n. 2049195-27.2017.8.26.0000, afastando o alegado excesso de prazo e mantendo, por conseguinte, a prisão preventiva do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

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

Afirma que não teria sido demonstrado, com base em elementos concretos, como a liberdade do acusado poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Aduz ser o custodiado primário, possuir bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita e família constituída, enfatizando ainda, ser o responsável pelo sustento de dois filhos menores de idade, o que lhe permitiria responder ao processo em liberdade.

Argumenta que seria desproporcional a manutenção da segregação antecipada, uma vez que, em caso de condenação, haveria possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, e consequentemente de fixação de regime inicial menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Defende, outrossim, a possibilidade de concessão da liberdade provisória mesmo aos flagrados no cometimento do crime de tráfico de drogas, dada a declaração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06, pelo STF.

Enfatiza que o paciente faria jus ao benefício da prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso VI, do CPP, uma vez que possui 2 (dois) filhos com menos de 12 (doze) anos de idade e o único responsável pelos cuidados dos filhos.

Por fim, salienta que haveria excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que o acusado se encontra custodiado desde 17-3-2017, em manifesta violação ao princípio da razoável duração do processo.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem a fim de que fosse revogada a prisão preventiva do acusado, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, ou, subsidiariamente, a substituição da preventiva imposta ao paciente por prisão domiciliar (art. 318, inciso VI do CPP) ou por qualquer outra medida cautelar diversa do cárcere (art. 319 do CPP).

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, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.333 - SP (2017/0100648-3)

VOTO

O 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 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 16-3-2017**, convertida a prisão em preventiva, restando denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque, foi surpreendido por policiais militares, transportando e trazendo consigo, para fins de comércio ilegal, 3 (três) porções de maconha, pesando 207,910g (duzentos e sete gramas e novecentos e dez miligramas).

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que:

"Segundo se depreende do feito, o denunciado foi preso em flagrante pela Polícia Militar enquanto promovia o tráfico ilícito de drogas nesta cidade.

Na ocasião fática, durante patrulhamento de rotina no local dos fatos, conhecido como ponto de venda de drogas, policiais militares encontraram o acusado em atitude suspeita, conversando com o condutor de uma motocicleta enquanto segurava um, saco plástico nas mãos. Ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

visualizar a viatura policial, o denunciado soltou a sacola e empreendeu fuga, o que também fez o condutor da motocicleta. Os policiais encontraram a sacola plástica e constataram tratar-se das porções de maconha supracitadas.

O acusado foi perseguido pelos milicianos e detido para revista. Com ele, os policiais encontraram um aparelho de telefone celular produto de furto.

Em que pese à negativa do acusado, no sentido de que é usuário de drogas, é certo que a quantidade e a forma de armazenamento das porções da droga, os depoimentos dos policiais, o local da prisão, a apreensão do aparelho de telefone celular e, sobretudo, as circunstâncias da prisão, evidenciam a traficância". (e-STJ fls. 90-92).

Verifica-se que o Togado primevo, em **17-3-2017**, converteu a prisão em flagrante em preventiva por entender a medida necessária, principalmente, para o fim de restabelecer e preservar a ordem pública, vulnerada diante da gravidade da conduta perpetrada, consignou que foram *"supostamente apreendidos com 3 invólucros de substância denominada maconha, totalizando 209,04 gramas, conforme laudo provisório de fls. 17/20"* (e-STJ fls. 46-47).

Na ocasião, o Magistrado destacou ainda, que: *"Por mais que o acusado não possua, nesta Comarca, outros processos, o crime por ele cometido, somadas as circunstâncias em que foi flagrado, justificam essa excepcional medida"* (e-STJ fls. 47).

Por fim, entendeu que *"as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP não são suficientes para tutelar o bem jurídico (...)"* (e-STJ fls. 47).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, por unanimidade, denegou a ordem, afastando o alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, consignou que *"das informações prestadas pela autoridade apontada coatora, aguardam a chegada do inquérito, de sorte que, considerando que a prisão aconteceu um mês atrás, só por isso já se pode afastar o alegado excesso de prazo para a formação da culpa"*, considerou ainda que, *"os prazos processuais não são absolutos, ao contrário, sempre comportam algum alargamento quando presentes circunstâncias que justifiquem a demora, não há falar, por isso, em constrangimento ilegal"* (e-STJ fls. 122-123).

Na ocasião, o Colegiado Estadual manteve a constrição processual do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado, a bem da ordem pública, enfatizando que *"o Magistrado indicou com dados concretos a necessidade da decretação da custódia cautelar (fls. 46/47), anotando que a prisão se justificava não só em face da gravidade concreta da conduta, mas, também porque houve apreensão de quantidade bastante razoável de entorpecente"*, razão pela qual, *"tem-se como razoável, na hipótese, a manutenção da custódia cautelar, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, não havendo falar em substituição da prisão por outras medidas de cautela, reservadas, certamente, para infrações menos graves e réus primários e sem antecedentes"* (e-STJ fls. 168).

Por fim, concluiu o Órgão Julgador que *"questões relativas a eventuais benefícios de que o paciente possa ser merecedor dizem respeito ao mérito do processo penal e fogem aos limites estritos da via eleita, de sorte que, os predicados pessoais do réu não são suficientes, nesse momento, para superar os argumentos trazidos na decisão impugnada"* (e-STJ fls. 124-125).

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

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 transportando e trazendo consigo reduzida quantidade de material tóxico - **3 (três) porções de maconha, pesando pouco mais de 200 gramas** -, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

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)"*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 às condições pessoais do agente, 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:

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 reduzida 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, ainda, 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.

Outrossim, mister ressaltar que, apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão, fica prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar por excesso de prazo na formação da culpa. Nesse sentido, vide o julgado no HC 261.178/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 02/12/2013.

Por fim, observa-se que não há como se examinar a pretendida substituição da preventiva por prisão domiciliar, tendo em vista que tal questão não foi objeto de exame pela Corte de origem no acórdão impugnado, o que impede a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreciação diretamente por este Superior Tribunal, dada sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desse Sodalício. Nesse sentido, vide o julgado no RHC 39.713/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014.

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 cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do ora paciente, salvo se por outro motivo estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0100648-3

HC 398.333 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00017277620178260073 17277620178260073 20170000271199

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADO : DANIEL ROBERTO DE SOUZA - SP289297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS FRANCISCO BARRINHO DIAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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.