



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.454 - SP (2017/0023537-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME NILSON DA SILVA ARAUJO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. REDUZIDA QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ART. 319 DO CPP. 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 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 estupefacientes e as condições favoráveis pessoais 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.454 - SP (2017/0023537-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME NILSON DA SILVA ARAUJO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GUILHERME NILSON DA SILVA ARAUJO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem visada no HC n.º 2244677-44.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que responde pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a prisão cautelar seria medida excepcional, não tendo sido apresentado elementos concretos que justificassem a ordenação e manutenção da custódia cautelar na espécie, porquanto embasada apenas na gravidade abstrata do delito.

Defende a ausência de elementos concretos que evidenciassem de que forma a liberdade do paciente poderia causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da custódia antecipada, elencados no art. 312 do CPP.

Afirma que a vedação à concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Aduz que não há de se falar em periculosidade do agente ou da conduta, pois o delito não envolve violência ou grave ameaça.

Pondera que o paciente é primário, de bons antecedentes, com residência fixa, predicados que lhe permitiriam responder ao processo em liberdade, não sendo a ausência de comprovação lícita requisito legal para a concessão de liberdade provisória.

Alega que em caso de eventual condenação o paciente fará jus ao redutor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 ou a regime inicial menos gravoso, pelo que seria desproporcional a sua segregação antecipada, também em razão da reduzida quantidade de droga apreendida.

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, com a expedição do competente alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi concedida para que o paciente fosse posto em liberdade provisória, mediante a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, até o julgamento do mérito da presente impetração.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas (e-STJ Fls. 68 a 112).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, cassando-se a liminar deferida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.454 - SP (2017/0023537-1)

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 nos 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 a ser adotado pelo 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 esta Corte Superior de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 8-10-2016**, convertida a segregação em preventiva, e denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque transportava, para fornecimento a terceiros, 5 (cinco) porções de cocaína e 7 (sete) porções de *crack*, totalizando 4,7 g (quatro gramas e sete decigramas), além de 1 (uma) porção de maconha, pesando 0,86 g (oitenta e seis centigramas).

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

Consta dos autos do incluso Inquérito Policial que, no dia 08 de outubro de 2016, por volta de 01h30min, na Rua Nhô Musa, nesta Cidade e Comarca de Avaré, GUILHERME NILSON DA SILVA ARAÚJO (qualificado a fls. 08), trazia consigo 05 porções de cocaína e mais 07 porções da mesma droga, mas na forma de "crack", que juntas apresentavam o peso bruto de 4,7g, mais uma porção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha, cujo peso bruto era de 0,860g, tudo conforme o exame químico toxicológico acostado nas folhas 40/44, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, o ora denunciado dedicava-se ao tráfico de drogas nesta urbe. Releva, no entanto, destacar que policiais militares, durante fiscalização, visualizaram o agente e mais algumas pessoas na via pública.

No momento em que Guilherme percebeu a presença dos milicianos, empreendeu fuga. em evidente atitude suspeita, além de dispensar um invólucro plástico numa residência de número 124 situada na mesma rua.

A despeito disso, o ora denunciado acabou sendo abordado pelos agentes da Polícia Militar que, outrossim, encontraram e apreenderam o corpo estranho dispensado pelo agente. Tratava-se de uma sacola plástica que continha considerável quantidade de drogas, de naturezas distintas, notadamente embaladas e separadas para facilitar a pronta entrega aos usuários.

Impende, outrossim, pontuar que o policial Daniel Pires Zambaldi avistou um dos sujeitos ainda não identificados recebendo algo (certamente droga) diretamente das mãos do ora denunciado. Por outro lado, em poder do indiciado ainda foi encontrada a quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais) em espécie, oriundo desse comércio clandestino e espúrio.

Portanto, considerando a quantidade e diversidade de drogas apreendidas, a forma como foram descobertas e seu modo de acondicionamento, a apreensão de dinheiro, além das demais circunstâncias da abordagem, é possível concluir que as substâncias lhe pertenciam e seriam destinadas ao comércio ilegal (e-STJ fls. 9-10).

Verifica-se que o Magistrado Singular converteu a prisão em flagrante em preventiva, pois a entendeu necessária para garantir a ordem pública, conveniência da instrução e aplicação da lei penal, dada a gravidade efetiva do delito, asseverando que a substituição da medida extrema por cautelares diversas "*não se mostram suficientes, adequadas e proporcionais à gravidade do fato praticado e à periculosidade do agente, diante da diversidade das drogas apreendidas (maconha, cocaína e crack)*" (e-STJ fl. 34).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que denegou a ordem, ao argumento de que "*a r. decisão que converteu a prisão em flagrante do Paciente em preventiva (fls. 98), encontra-se devidamente fundamentada, atendendo perfeitamente ao quanto exigido pelo art. 93, IX,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Constituição Federal" (e-STJ Fls. 40).

Acrescentou-se no aresto impugnado que a medida seria extrema, mas necessária em razão das *"circunstâncias em que praticado o crime evidenciam a perigosidade incomum de seu autor, exigindo seu afastamento do convívio social, mostrando-se, no caso, recomendável a manutenção da prisão cautelar do Paciente, amparado pela garantia da ordem pública, de maneira a evitar que persista na prática de atos que continuem pondo em risco a paz social, até mesmo porque quantidade de droga encontrada, indica, ao menos em tese, que o Paciente fazia do tráfico o seu meio de vida"* (e-STJ Fls. 41).

Afirmando-se que *"o princípio constitucional do estado de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), não impede a prisão provisória do autor de crime, em defesa da própria sociedade, quando presente motivo que a justifique, como é o caso"* (e-STJ Fls. 42).

Ponderou o Colegiado Estadual que, *"presentes os requisitos necessários para a manutenção do decreto de prisão do Paciente, previstos no art. 312, Código de Processo Penal, não pode mesmo sua prisão preventiva ser revogada"* e dessa forma, insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (e-STJ Fls. 42).

Quanto à possibilidade de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, o Tribunal a quo asseverou que *"não há que se falar em derrogação do art. 44, da Lei nº 11.343/06, no que se refere à previsão expressa de ser o crime de tráfico de drogas insuscetível de liberdade provisória, pois a vedação da concessão deste benefício decorre da própria Constituição Federal, nela embasando-se o dispositivo, que vige em sua integralidade, devendo prevalecer o entendimento nele descrito, que impede a concessão da liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas, com fundamento inclusive no princípio da especialidade"* (e-STJ Fls. 43).

Ademais, assentou-se que *"razão assiste à autoridade apontada como coatora ao converter a prisão em flagrante do Paciente em preventiva, afinal foi autuado em flagrante delito por crime de tráfico de drogas, havendo, portanto, expressa vedação legal do benefício, por força do quanto previsto no art. 44, da Lei nº 11.343/06"*, consignando que, diante do *"decidido pelo Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos de HC nº 104.339, por maioria de Votos, pela inconstitucionalidade da parte*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 44, da Lei nº 11.343/06, que proíbe a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, mantenho meu posicionamento, acompanhando as conclusões dos eminentes Ministros LUIZ FUX, MARCO AURÉLIO e JOAQUIM BARBOSA, no sentido da constitucionalidade dessa norma proibitiva do benefício" (e-STJ Fls. 49).

De arremate, a Corte de origem salientou que "a fixação ao final, de eventual direito de recorrer em liberdade, decorre de fato futuro e incerto que, com isso, pode ou não ocorrer, não sendo fundamento para antecipação da liberdade" (e-STJ Fls. 50).

Delineado o contexto fático, tem-se que assiste razão em parte ao impetrante, quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.

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 na posse de reduzida quantidade de material tóxico - **4,7 g de cocaína e 0,860g de maconha** -, 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.

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 mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente que, de acordo com a Folha de Antecedentes Criminais acostas às fls. 111 a 112 dos autos originais, é primário e de bons antecedentes.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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 materiais tóxicos - 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, 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, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante, podendo, ainda, a custódia ser **novamente decretada** em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4.º c.c. o art. 316 do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos.

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 confirmar a liminar anteriormente deferida e conceder a ordem 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, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0023537-1

HC 387.454 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002587820168260574 20160000906082 20160024222 22446774420168260000
24222016 2587820168260574

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME NILSON DA SILVA ARAUJO (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.