



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 162.641 - MT (2010/0027656-3)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LUAN ROGER DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. IMPETRAÇÃO EM FACE DE DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR, PROFERIDA POR DESEMBARGADOR RELATOR, EM **HABEAS CORPUS** IMPETRADO EM 2.º GRAU. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO DO **WRIT** ORIGINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA QUE CONCEDEU A ORDEM. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO, ANTE FLAGRANTE E MANIFESTA ILEGALIDADE. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA, SEM FUNDAMENTO IDÔNEO, COM BASE APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI 11.343/2006. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A decisão agravada, que concedeu a ordem, para assegurar, ao paciente, o direito de recorrer em liberdade, está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que firmou entendimento no sentido de que, conquanto se possa verificar a prejudicialidade da impetração – diante da superveniência do julgamento do mérito do **writ** originário, por entender que a impetração impugna a decisão indeferitória da liminar, substituída pelo acórdão –, nada impede a concessão da ordem, de ofício, nas hipóteses de flagrante e manifesta ilegalidade, como verificado, na espécie, em que a custódia cautelar foi mantida, sem fundamentação idônea, com base, apenas, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal à concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, constante do art. 44 da Lei 11.343/2006, o que não mais subsiste, em face da declaração de sua inconstitucionalidade, pelo STF. Inteligência do art. 654, § 2.º, do CPP. Precedentes.

II. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 12 de março de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 162.641 - MT (2010/0027656-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão da lavra do Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), então Relator, que concedeu a ordem, em sede de **Habeas corpus** impetrado em face de decisão denegatória de liminar, proferida por Desembargador Relator do HC 10.947/2010, no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Insurge-se o agravante contra o entendimento firmado na decisão agravada, que concedeu a ordem, "para assegurar ao paciente o direito de recorrer solto, salvo se estiver preso por outro motivo" (fl. 180e).

Sustenta que o STJ não é competente "para processar e julgar originariamente decisão de primeiro grau, uma vez que a constrição cautelar do paciente decorre de sentença condenatória, sem o que o E. Tribunal de Justiça tenha se manifestado sobre a legalidade da referida constrição, portanto, não se trata da hipótese autorizativa do art. 105, inciso I, alínea 'c', da Constituição Federal" (fl. 202e).

Aduz, ainda, que, "considerando que a superveniência de sentença condenatória que mantém a constrição cautelar do paciente com fundamentos próprios, constitui novo título a legitimar a manutenção da prisão provisória, sem que haja manifestação da C. Corte a quo, não poderia esse C. STJ se manifestar sob pena de indevida supressão de instância" (fl. 202e).

Requer, pois, seja conhecido e provido o recurso, "para reformar a decisão de fls. e-STJ 173/181 e não conhecer da presente ordem de habeas corpus por não se tratar da hipótese constitucional prevista no art. 105, inciso I, alínea 'c', da Constituição Federal" (fl. 203e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 162.641 - MT (2010/0027656-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não assiste razão ao agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que a ordem foi concedida, nos seguintes termos:

"Tratam os autos de habeas corpus deduzido em favor de Luan Roger da Silva, preso em flagrante pela suposta prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico, desafiando decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso que indeferiu pedido de liminar em writ ali deduzido, em que se buscava a concessão da liberdade provisória.

A liminar foi indeferida à fl. 127.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações às fls. 133/134.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 151/157), opinou pelo não conhecimento do writ.

Inicialmente, cabe registrar, conforme informações obtidas no sítio do Tribunal de origem na internet, que o habeas corpus originário já foi julgado, restando denegada a ordem, o que, evidentemente, viabiliza a análise, desde já, do pedido por esta Corte.

Veja-se o que disse o magistrado de primeiro grau ao indeferir o pedido de liberdade provisória do paciente:

"O pleito não merece acolhida.

Importa considerar que a prisão preventiva possui natureza cautelar, exigindo os pressupostos do poder geral de cautela previstos no art. 896 do CPC - norma essa de aplicação subsidiária **ex vi** art. 3º da Lei Instrumental Penal - sendo-lhe ínsita a idéia de provisoriedade.

Constituindo-se em medida extremada, que encerra um mal em si mesmo, deve apenas encontrar ensejo em casos excepcionais, sem que isso implique ofensa ao princípio constitucional do estado de inocência ou de não culpabilidade, pena de transfigurar-se em antecipação da pena que por ora é apenas um vislumbre, pois não se compadece com o sistema venha a segregação preventiva revestir-se em verdadeira tutela antecipada estatal.

A par dos pressupostos em lei estabelecidos - materialidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indícios suficientes de autoria (bastam, portanto, indícios), a tônica da prisão cautelar é a sua necessidade, pois se o processo dela não carecer, seja porque não há risco de o agente vir a furtar-se à eventual aplicação da lei penal, seja pela razão de que não está a tumultuar a instrução criminal, ou ainda porque, solto, não esteja a delinquir, de modo que não haja óbice à efetividade/autenticidade do provimento estatal, de conseguinte dela não se há de cogitar.

Da dinâmica da ação policial, colhe-se que os policiais, na data dos fatos se dirigiram a residência localizada na Rua A-15, s/n, bairro pedra 90, para averiguar denúncia recebida via 197 de que na residência funcionava uma 'boca de fumo' e haveria suspeita de participação do homicídio contra Maikon Miranda ocorrido em 28/12/2009. Nota-se que o acusado afirmou ser usuário e sua esposa também, ofertando versão diversa, porquanto atribui a droga para consumo por ser dependente químico. Ora, trata-se de conduta que em tese, e aprioristicamente, configura a conduta penal descrita no art. 33 da Lei nº 11.343/06, e por isso mesmo correto o início da persecução penal, eis que bastantes a materialidade e os indícios suficientes de autoria.

O juízo para inadmitir a concessão do pleito estriba-se tão só na prova colhida na fase inquisitorial, já que não houve processo, não havendo a instrução processual, restando por examinar os elementos de prova até então produzidos, operando-se com o benefício da dúvida, o qual concorre em prol da sociedade, satisfazendo-se o Estado-juiz com um mero juízo perfunctório, em vez do mérito.

Neste ponto, releva observar que o tráfico ilícito de entorpecentes qualifica-se como crime de perigo abstrato ou presumido, de conteúdo variado, e de ação permanente, constituindo-se a objetividade jurídica principal e imediata a saúde pública e, no aspecto mediato, a incolumidade física e a saúde individual dos cidadãos, dados os malefícios decorrentes do uso de drogas.

E precisamente em virtude do bem jurídico posto em risco é que a ação delituosa de traficar drogas afronta a ordem pública, reputada essa como 'a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para Fábio Ramazzini Bechara, a ordem pública 'representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano', logo a seguir acrescentando o autor que tal categoria representa o estado social resultante da relação que se estabelece entre os poderes constituídos, como governantes, e os particulares, como governados, no sentido da realização do interesse de ambos.

Na Enciclopédia do Advogado, encontra-se uma definição bastante esclarecedora do que se entende por ordem pública: 'necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, via de regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o reconhecimento do agente'.

Diversamente do que se dá, e.x. com os crimes contra a vida, delitos de resultado naturalístico, em que basta o conhecimento do fato criminoso para gerar uma sensação de impunidade e de insegurança, quando não provoca verdadeira reação de ojeriza e de comoção numa comunidade determinada, o tráfico de entorpecentes implica na sua comissão uma conduta clandestina, perpetrada na sorrelfa, por não interessar ao agente qualquer divulgação do que está a pretender.

Todavia, nem por isso parece correto afirmar que em função desse modus operandi à socapa, às ocultas, não advirá periclitção ao estado de tranquilidade social com risco à ordem jurídica. Evidentemente que sim, pois o só fato da prática do tráfico ilícito de drogas já implicou risco à ordem pública, e o seu agente, conquanto agindo dissimuladamente, é tão perigoso à saúde dos cidadãos, individualmente considerados, como deletério à sociedade em que vive.

A ofensa à ordem pública discrepa dos outros motivos autorizadores da prisão cautelar, pois quando em face de situação representada pela conveniência da instrução criminal, v.g. o agente ameaça testemunhas, ou quando, para a asseguuração da lei penal, advém a fuga do acusado, ou risco concreto disso ocorrer, a prisão é decretada para garantir a idoneidade do processo, tal não ocorre quando se manuseia com o fundamento da garantia da ordem pública, que exige a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proteção da comunidade, residindo aí à necessidade de acautelar-se o meio social do convívio do agente. A dificuldade, porém, reside precisamente nisto: quando é necessário acautelar o meio social?

E assim se dá porque, diversamente do que ocorre com as motivações de ordem eminentemente processual, que possibilitam averiguar fatores concretos, a verificação do fundamento esteado na ordem pública não prescinde de inferências que o Estado-juiz faz voltando os olhos aos elementos de prova até então colhidos, na conduta do agente e no seu meio e modo de vida, provas essas que, antes de findar a instrução processual sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, são apenas um vislumbre, residindo apenas na perspectiva das possibilidades.

Decorre disso que ao segregar-se alguém pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, não se há de afastar de inferências lógicos e contextuais acerca da prova pré-constituída, demandando inequívoca atitude do exegeta a envolver as circunstâncias do fato, análise da jurisprudência, sem renunciar às máximas da experiência, existentes invariavelmente em qualquer instituto jurídico focalizado.

E inferências lógicas e contextuais não se confundem com conjecturas ou meras suposições, daí porque declarar, com convicção, que a soltura do Requerente tornará a configurar risco ao meio social, o que não agride a lógica natural dos fatos. Note-se que de tais fatos, que baixaram à concretude das provas por ora produzidas, bem como das impressões que se extraem do contexto como um todo considerado, sobrevém um juízo intuitivo do julgador a exigir a manutenção da privação do **status libertatis** da acusada. Não sem razão ensina Mirabete que 'A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à prática criminosa...'. Ao que se tem, a sociedade é sabedora de que esta região é rota de passagem para o tráfico de drogas, que ora aqui ora lá apreendem-se drogas em grande quantidade e que, como já disse um usuário, 'drogas aqui encontra-se em qualquer esquina, mais facilmente do que balinhas'. Já no que toca à reação da sociedade, como dito, é anulada pela forma como se dá a traficância, embora sempre cobrando uma satisfação das autoridades constituídas.

E é nesse rumo o teor do aresto da lavra do Ministro Hamilton Carvalhido, onde propugna que o agente deve demonstrar a desnecessidade custódia preventiva, ao entendimento de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se presume a necessidade de sua manutenção, decorrendo a vedação à liberdade provisória da própria inafiançabilidade desta espécie delitiva.

Tais as razões por que não merece albergada a pretensão formulada pela Requerente.

Não fora apenas isso, **ganha corpo na jurisprudência pátria o entendimento segundo o qual a incursão no crime de tráfico de entorpecentes não se compadece com a liberdade provisória.**

De fato, tal é o que se extrai de não tão recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, bem assim de recentíssimos arestos, como abaixo se transcreve:

(...)

A atentar-se que a legislação infraconstitucional mesma cuida de empecer o benefício que visa a garantir o **status libertatis**, no que não está a agredir o texto constitucional, como vem entendendo os Tribunais Superiores que, aliás, reconhecem modificação no modo de assimilar a questão.

E não se há de trilhar a via oblíqua, pois basta deitar os olhos sobre outra norma, também de índole constitucional, para ter clara a percepção de que, em assim entendendo, não se está incorrendo em qualquer inconstitucionalidade, tal a dicção que consta do inciso LXVI do art. 5º:

(...)

Trata-se de garantia fundamental e por isso mesmo infensa a alterações legislativas, dado que se constitui, também, em conteúdo imutável da Constituição Federal, tal o que deflui da norma de seu art. 60, § 4º, inciso IV.

Ora, **a Lei Anti-Drogas, ao assentar que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é insuscetível de liberdade provisória, por efeito consequente não estará implicando qualquer agressão à Lei Maior.**

E assim já são em profusão julgados nos tribunais, o que se constata da evolução das decisões jurisprudencias, que calha com justeza:

(...)

Conclui-se assentando que razões de política criminal impuseram ao legislador estabelecer que condutas, a entendimento seu, seriam ignóbeis, sórdidas, e por isso mesmo repulsivas ao meio social, e, a quem imputadas, a impossibilidade de aguardarem o desenlace do processo sem a consequente necessidade da segregação do convívio social.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Tais as razões por que indefiro o pedido de liberdade provisória e restituição do valor apreendido." (fls. 115/122)

O Tribunal de origem, por sua vez, anotou, no que interessa:
"Vê-se que no decisum o Magistrado a quo ressalta haver elementos concretos a demonstrar a necessidade da segregação cautelar, restringindo-se a motivação na vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/06 e gravidade do delito para a garantia da ordem pública, diante dos reflexos do crime em questão.

E ainda, a Suprema Corte tem reafirmado o posicionamento de que, ocorrida a prisão em flagrante, opera a vedação de liberdade provisória contida no inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 (HC 86.814/SP), sem ofensa à Carta Magna, pois nela prevista a inafiançabilidade dos delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, estando a fiança na mesma linha da liberdade provisória.

Nesse sentido, o recente julgado:

(...)

Consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, a referida proibição legal (art. 44 da Lei 11.343/06) mostra-se como suficiente para o indeferimento de liberdade provisória ao indiciado pelo crime de tráfico de drogas.

Além disso, tenho sustentado em casos similares que, enquanto o Código Penal e o de Processo Penal tratam genericamente dos crimes e da forma como são apurados, a Lei de Tóxicos sendo específica, faz com que a regra especial nela contida prevaleça sobre a geral, razão, inclusive, que me leva a defender que a Lei nº 11.464/2007 - que alterou a redação do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, e possui caráter genérico - não derogou o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, que reafirma, de modo expresso, a proibição de sursis, graça, indulto, anistia e de liberdade provisória nos crimes do artigo 33, caput e § 1º, e 34 a 37, por serem, inclusive, inafiançáveis, conforme dispõe o mencionado artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna.

Nesse sentido os julgados:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Realço, como é de conhecimento, que as 'condições pessoais favoráveis como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, não têm o condão de, por si só, garantir ao paciente a revogação da prisão cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção.' (Precedentes). (STJ, HC 62.882/RS, Rel. Min Felix Fischer, 5ª Turma, j. 7.11.2006. DJU de 12.2.2007, p. 285).

Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, **denego o habeas corpus impetrado em favor de Luan Roger da Silva.**"

Com efeito, a **Sexta Turma desta Corte tem reiteradamente proclamado que, mesmo na hipótese de crime de tráfico de entorpecentes - hediondo por equiparação -, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não obstante a vedação à liberdade provisória contida na nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, eis que entendido que a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção.**

Assim, o Juiz de primeiro grau, seguido pelo Tribunal de origem, manteve a custódia cautelar do paciente essencialmente em razão da gravidade em abstrato do delito, para acautelar o meio social, bem como pela vedação legal, fundamentos que não se mostram suficientes para demonstrar a imprescindibilidade da adoção da medida extrema, evidenciado, dessarte, o constrangimento ilegal.

Vejam-se:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. É pacífica na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça a compressão de que se exige concreta motivação para a manutenção de qualquer prisão cautelar, inclusive nas hipóteses de crimes hediondos e de tráfico de drogas, sendo de rigor a demonstração da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A simples alusão à vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 não basta para indeferir a liberdade provisória, se não demonstrada a real imprescindibilidade da medida extrema.

3. A reincidência, por si só, também não é fundamento válido para justificar a segregação cautelar, conforme entendimento pacificado nesta Corte.

4. Ordem concedida para garantir aos pacientes o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, devendo ser expedido alvará de soltura clausulado."

(HC nº 115.580/MG, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 9/11/2009.)

B - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. VEDAÇÃO DA LEI Nº 11.343/2006. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não há constrangimento ilegal se o alegado excesso de prazo decorre da necessidade de oitiva de testemunhas por meio de cartas precatórias.

2. **A Sexta Turma desta Corte vem decidido no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/2007, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.**

3. No caso, a negativa da liberdade provisória não está fundamentada em fatos concretos, mas tão-só na vedação legal, gravidade abstrata do crime e em referências vagas às consequências que ele causa na sociedade.

4. Ordem concedida para deferir liberdade provisória à paciente, mediante compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação."

(HC nº 109.451/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 24/11/2008.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De notar, consoante se vê às fls. 155/157, que foi proferida sentença condenando o paciente a uma pena total de 2 anos, 9 meses e 2 dias de reclusão, em regime fechado, e multa, não se acrescentando qualquer fato ou fundamento novo para a manutenção da segregação.

Ressalvo, contudo, ponto de vista em sentido contrário, entendendo ser irrelevante a discussão acerca da existência ou não de fundamentação da decisão que indefere a liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de entorpecentes, diante da vedação contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, conforme explicitado no voto proferido no HC nº 128.479/SP, do qual fui relator.

Ante o exposto, ressaltando o meu ponto de vista, atento ao entendimento dominante na Sexta Turma desta Corte, consoante anteriormente explicitado, concedo o habeas corpus para assegurar ao paciente o direito de recorrer solto, salvo se estiver preso por outro motivo." (fl. 173/181e)

Com efeito, a decisão embargada deve ser mantida, eis que está em conformidade com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, quanto à liberdade provisória concedida, em virtude de falta de fundamentação, com base em dados concretos, quanto à manutenção da prisão preventiva do paciente.

Ainda que esta Sexta Turma tenha entendimento no sentido da prejudicialidade da impetração, nos casos de superveniência do julgamento do mérito do **writ** originário, por entender que a impetração impugna a decisão indeferitória da liminar, substituída pelo acórdão (STJ, HC 124376/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 10/05/2012, HC 209975/ES, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 26/09/2011), ou mesmo quando advém sentença condenatória, nada impede a concessão da ordem, de ofício, nos termos do disposto no art. 654, § 2.º, do CPP, nas hipóteses de flagrante e manifesta ilegalidade, tal como se verifica, na espécie, em que a custódia cautelar foi mantida sem fundamentação idônea, com base, apenas, na gravidade abstrata do delito e na vedação legal à concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, constante do art. 44 da Lei 11.343/2006, o que não mais subsiste, diante da declaração de sua inconstitucionalidade, pelo STF.

A propósito:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ATO COATOR. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO MÉRITO. PREJUDICIALIDADE. PATENTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. **Impetrado o habeas corpus contra indeferimento de liminar em anterior ordem, posteriormente julgada, não seria possível, a princípio, deliberar-se sobre o mérito. Ressalva-se, contudo, a hipóteses de patente ilegalidade, nos moldes do art. 654, § 2.º, do Código de Processo, que disciplina a extraordinária concessão de ofício.**

3. **Habeas corpus prejudicado. Ordem concedida de ofício,** acolhido o parecer ministerial, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal n.º 343.01.2006.019426, Controle n.º 1.853/2007, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mauá/SP, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que se aplique, de maneira fundamentada, uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade" (STJ, HC 248.272/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 11/12/2012).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRISÃO EM FLAGRANTE, CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA OU DE LIBERDADE PROVISÓRIA. **INDEFERIMENTO, COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL (ART. 44 DA LEI 11.343/2006) E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.**

I. Dispõe o art. 5.º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **Na hipótese, constata-se o constrangimento ilegal, na medida em que o benefício da liberdade provisória foi negado, convertida a prisão em flagrante em preventiva, com base, unicamente, na gravidade abstrata do delito e na vedação do art. 44 da Lei 11.343/2006, o que, de acordo com a atual jurisprudência do STJ, não se admite. Precedentes.**

VI. **A vedação legal à concessão da liberdade provisória aos processados pelos delitos de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, foi, recentemente, declarada inconstitucional, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP), incidentalmente. Informativo 665, do STF.**

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Concedida a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva, deferindo-se, ao paciente, o benefício da liberdade provisória, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal" (STJ, HC 251.502/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe 18/12/2012).

Ademais, como visto, a decisão embargada considerou os fundamentos constantes da decisão que, em 2.º Grau, indeferiu a liminar e do acórdão que julgou o mérito do **Habeas corpus** originário, prolatado pelo Órgão colegiado, posteriormente à presente impetração, não havendo, pois, falar em supressão de instância ou em incompetência desta Corte para a apreciação da questão, como aduzido pelo agravante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, a sentença condenatória apenas fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sem tecer qualquer argumento novo, para a manutenção da segregação cautelar (fl. 157e).

Assim, embora o **Habeas corpus** devesse ser julgado prejudicado, a ordem mereceria, de qualquer sorte, ser concedida, de ofício, em virtude de flagrante e manifesta ilegalidade, pelo que se há de negar provimento ao Agravo Regimental.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0027656-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 162.641 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 109472010 4612009

EM MESA JULGADO: 12/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : LUAN ROGER DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : LUAN ROGER DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.