



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.918 - SP (2011/0092274-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MÁRCIO ANDRÉ PASIANI
ADVOGADO : MARCIO ANDRE PASIANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO JUNIO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Não caracteriza constrangimento ilegal a negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n.º 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tal infração. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

2. Evidenciada a gravidade concreta do crime em tese cometido, diante da quantidade de droga apreendida - 43 g de cocaína -, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar dos pacientes, para a garantia da ordem pública.

3. Condições pessoais favoráveis, a exemplo da primariedade, em princípio, não têm o condão de, por si só, propiciar a concessão da liberdade provisória, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a imprescindibilidade da manutenção da segregação, como ocorre na hipótese.

4. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.918 - SP (2011/0092274-0)

IMPETRANTE : MÁRCIO ANDRÉ PASIANI
ADVOGADO : MARCIO ANDRE PASIANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO JUNIO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de FÁBIO JUNIO DOS SANTOS, contra acórdão da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou o *Writ* n.º 0066022-60.2011.8.26.0000, mantendo a decisão que negou o pedido de relaxamento da prisão ou concessão de liberdade provisória ao paciente, preso em flagrante no dia 22-3-2011, pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a Corte de origem não teria apresentado fundamentação idônea para justificar a manutenção da custódia cautelar do paciente.

Acrescenta que o acórdão impetrado encontra-se eivado de ilegalidade, na medida em que, sob a alegação de que o feito estaria devidamente instruído, o Relator houve por bem dispensar as informações do magistrado singular e a manifestação do Ministério Público, causando evidente prejuízo para o custodiado.

Reclama ter sido ilegal a prisão em flagrante do paciente porquanto as formalidades inerentes à medida não teriam sido respeitadas.

Defende que, embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha enfrentado o tema de forma *erga omnes*, revela-se latente a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 que veda a concessão da liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas.

Observa, ainda neste sentido, que após o advento da Lei n.º 11.464/07, que conferiu nova redação ao art. 2º, II, da Lei n.º 8.072/90, teria se tornado possível o deferimento da liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados.

Afirma que estão presentes os requisitos subjetivos autorizadores da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade provisória, previstos no art. 310, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, posto que o paciente é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e sempre exerceu ocupação lícita.

Requer a concessão da ordem para que seja deferida liberdade provisória ao paciente, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura.

Documentação juntada as fls. 13 a 51.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 98 a 107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.918 - SP (2011/0092274-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se no presente *writ*, seja concedida a liberdade provisória ao paciente, preso em flagrante, em 22-3-2011, e denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porque:

*Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 21 de março de 2011, por volta de 22:30 horas, na Avenida Raimundo Pereira de Magalhães, Perus, nesta cidade e comarca de São Paulo, FABIO JUNIO DOS SANTOS, qualificado a fls. 14/15, trazia consigo e transportava, para entrega a consumo, drogas, na quantidade de **43,0 g (quarenta e três gramas) de cocaína**, acondicionada em um saco plástico contendo cocaína em pó, substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica, sendo que o fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.*

Segundo foi apurado, na data dos fatos policiais civis dirigiram-se ao local dos fatos visando investigar informações de que lá, uma pessoa de cor negra, estatura alta, magra, de cabelos raspados, entregaria uma porção de cocaína em uma motocicleta Yamaha/Fazer para o traficante identificado apenas como "Fabiano", que atua na Favela da Arábia.

Em certo momento, os policiais notaram a aproximação do indiciado, conduzindo a motocicleta Yamaha/Fazer, placas DXL-7454, decidindo abordá-lo para fins de averiguação.

Realizada revista pessoal, nada ilícito foi encontrado em posse do ora denunciado. No entanto, ao realizar buscas na motocicleta por ele conduzida, os policiais encontraram no interior do compartimento interno do banco do piloto uma porção de cocaína, embalada em um saco plástico.

A quantidade dos entorpecentes apreendidos demonstra que as drogas destinavam-se à entrega a terceiros.

Requeru-se a soltura do acusado, tendo o magistrado da 27ª Vara de Criminal da comarca de São Paulo indeferido o pleito, por considerar que a "vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinado no art.40, da Lei n. 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º inciso LXVI, da Constituição Federal." (e-STJ fl. 82).

Inconformada, a defesa impetrou remédio constitucional perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que houve por bem denegar a ordem, por entender que:

"A prática ilícita atribuída ao paciente, qual seja, tráfico ilícito de entorpecentes, sem dúvida, é de gravidade diferenciada, tanto que é legalmente classificada como equiparada a crime hediondo, e, em tese, no caso de condenação, a teor do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o início do cumprimento da sanção corporal deverá ser em regime fechado, circunstância que, em princípio, é incompatível com a concessão do benefício pretendido.

*Ademais, as circunstâncias do caso concreto, particularmente, **a quantidade do entorpecente apreendido, fazem presente a possibilidade de reiteração criminosa.***

É preciso considerar, ainda, a existência de vedação legal à concessão de liberdade provisória, prevista no art. 44, caput, da Lei 11.343/06, regra especial relativa ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que afasta, portanto, a incidência da regra geral do inciso II do art. 2ª da Lei 8.072/90, relativa aos crimes hediondos e equiparados em geral, embora sua redação tenha sido modificada por lei posterior, qual seja, a Lei 11.464/07, regra especial, portanto, que deve prevalecer (e-STJ fls. 50)".

No que tange à alegada ausência de quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do CPP, verifica-se que a Corte impugnada manteve o clausuramento do paciente com base na vedação legal contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que proíbe a concessão do referido benefício àqueles flagrados na prática dos crimes dos arts. 33, 34 a 35 da Lei n.º 11.343/06, cometidos na vigência da novel legislação especial, fundamento que, por si só, segundo orientação desta Quinta Turma, justifica a manutenção da constrição antecipada, mesmo após a vigência da Lei n.º 11.464/07, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações.

Veja-se, nesse sentido, entre muitos, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, CAPUT,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA LEI 11.343/2006. VEDAÇÃO LEGAL. NÃO REVOGAÇÃO PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90, CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS COMO FUNDAMENTO PARA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INSUFICIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral no julgamento do RE 601.384/RS, da Relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, em que se discute a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

2. Contudo, enquanto o Plenário da Suprema Corte não decidir o mérito da questão proposta no referido Recurso Extraordinário, há de prevalecer o entendimento reiterado pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios, inclusive deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "(...) a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais" (STJ - HC 139544/MG - Rel. Ministra LAURITA VAZ - T5 - QUINTA TURMA - DJe 23/08/2010).

3. Não houve revogação do art. 44 da Lei n 11.343/2006 pela nova redação do art. 2º da Lei nº 8.072/90, conferida pela Lei 11.464/2007. Ao contrário, o sistema normativo legal e constitucional se harmonizam, visto "que a proibição de liberdade provisória decorre da própria "inafiançabilidade imposta pela Constituição". (CF, art. 5º, XLIII)." (STF - HC 91550/SP, Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 06/06/2007).

[...]

5. Esta Corte já pacificou entendimento de que condições pessoais favoráveis do paciente, por si sós, são insuficientes para a concessão da liberdade provisória.

6. Ordem denegada. (HC n.º 170.704/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), julgado em 25-11-2010, DJe 6-12-2010)

No mesmo sentido, do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. Ordem denegada. (HC n.º 98.548/SC, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24-11-2009, DJe 11-12-2009)

Assim, tendo o delito em espécie sido supostamente praticado em 213-2011, portanto já na vigência da Lei n.º 11.343/06, de rigor manter o entendimento adotado pela instância de origem no sentido de negar ao paciente o direito à liberdade provisória.

Outrossim, destaca-se a necessidade da custódia antecipada para a garantia da ordem pública também em razão da gravidade concreta do delito em tese perpetrado, evidenciada pela natureza e pela elevada quantidade de droga apreendida - **43 g (quarenta e três gramas) de cocaína** -, circunstância que demonstra a potencialidade lesiva da infração noticiada, a justificar a não concessão da pretendida concessão da soltura clausulada, a bem da ordem pública, conforme asseverado pelo Tribunal de Origem: "[...] as circunstâncias do caso concreto, particularmente, a quantidade do entorpecente apreendido, fazem presente a possibilidade de reiteração criminosa." (e-STJ fl. 50).

Portanto, não se pode dizer que a Corte impetrada incidiu em constrangimento ilegal, pois, em casos assemelhados, este Superior Tribunal assim já se posicionou, veja-se:

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. RECEPÇÃO E PORTE DE ARMAS. PRISÃO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FLAGRANTE EM 01.08.07. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. Ademais, no caso concreto, o indeferimento do pedido de liberdade provisória não se ressent de fundamentação, em face dos fatos indícios de autoria e da comprovada materialidade do delito. Acrescente-se, ainda, que consta da denúncia que o paciente seria um dos gerentes do esquema de traficância, tendo sido apreendidos em depósito 9 gramas de cocaína, traduzidos em 127 pedras de crack envoltas em papel alumínio e 14 cápsulas contendo a substância em pó, bem como 57,4 gramas de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, acondicionadas em 16 invólucros de plástico, um talão de cheques em branco e um revólver, Taurus, calibre 32 SPL, municiado, o que revela sua periculosidade e impõe a manutenção da custódia preventiva para garantia da ordem pública.

"5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

"6. Ordem denegada.". (HC n.º 94053/SP, Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 19-6-2008 - grifamos)

Por fim, ressalta-se que, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, condições pessoais favoráveis, a exemplo da primariedade, não têm o condão de, por si sós, propiciar a concessão de liberdade provisória, quando há nos autos elementos hábeis, de ordem objetiva ou subjetiva, que autorizam a manutenção da segregação, como ocorre *in casu*.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

[...]

4. Eventuais condições pessoais favoráveis não garantem o direito subjetivo à revogação da custódia cautelar, quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no art. 312 do CPP.

5. Ordem denegada. (HC n.º 95.133/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, QUINTA TURMA, julgado em 17-11-2009, DJe 7-12-2009)

Ante o exposto, não se constatando o alegado constrangimento, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0092274-0

HC 204.918 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50110227298 660226020118260000

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MÁRCIO ANDRÉ PASIANI
ADVOGADO : MARCIO ANDRE PASIANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO JUNIO DOS SANTOS (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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.