



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.644 - MG (2011/0278463-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : BISMARQUES DE SOUZA TITO
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : BISMARQUES DE SOUZA TITO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DECRETADA EM SEDE DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CUSTÓDIA LASTREADA NA QUANTIDADE E LESIVIDADE DA DROGA, NO *MODUS OPERANDI*, NA UTILIZAÇÃO DE MENOR PARA COMETIMENTO DO CRIME E NA REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo recursal, consoante atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 104.339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012.
3. Na espécie, a prisão preventiva do paciente foi decretada para a garantia da ordem pública, com fundamento na quantidade e lesividade da droga apreendida (onze papелotes de cocaína), no *modus operandi* empregado, qual seja, utilização de menor para se eximir do ilícito cometido e na reiteração delitiva.
4. Eventuais condições pessoais favoráveis do paciente não possuem o condão de, por si sós, conduzir à revogação da prisão preventiva.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 20 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.644 - MG (2011/0278463-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de **Bismarques de Souza Tito**, apontando-se como órgão coator o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Consta dos autos que, no dia 22/2/2009, o paciente estava com onze papелotes de cocaína quando foi preso, em flagrante, pela prática, em tese, do delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em 5/6/2009, o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Betim/MG, no Processo n. 027091907322, concedeu a liberdade provisória ao ora paciente.

Em 13/1/2011, ao Recurso em Sentido Estrito n. 1.0027.09.190732-2/001, interposto pelo Ministério Público local, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria, deu provimento nestes termos (fl. 51):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRÁFICO DE DROGAS. PERICULOSIDADE CONCRETA. *MODUS OPERANDI*. DELITO COMETIDO POR AGENTE EM LIBERDADE PROVISÓRIA ANTERIORMENTE CONCEDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. A alta lesividade da droga apreendida, aliada ao "modus operandi" utilizado, bem como ao fato de se encontrar o agente em liberdade provisória anteriormente concedida, em decorrência de prisão em flagrante relativa a tráfico de drogas, denota a necessidade de acautelamento provisório do agente para garantia da ordem pública. 2. Dado provimento ao recurso ministerial para decretar a prisão preventiva do réu. Expedido mandado de prisão.

V.V.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. - Diante da nova redação do art. 2º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), dada pela Lei 11.464/2007, que excluiu a vedação legal da concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, foi restituído ao acusado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito de esperar o julgamento em liberdade, caso não preenchidos os requisitos autorizadores da sua prisão preventiva.

Em cumprimento ao aludido acórdão, foi determinada a expedição de mandado de prisão em 4/5/2012 (fl. 193).

Os Embargos Infringentes n. 1.0027.09.190732-2/002, que sobrevieram, foram, também por maioria, rejeitados na origem. Este, o resumo do julgado (fl. 80):

EMBARGOS INFRINGENTES - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - LIBERDADE PROVISÓRIA - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - ART. 44, DA LEI Nº 11.343/06 - LEI ESPECIAL - VEDAÇÃO EXPRESSA DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - ORDEM PÚBLICA AMEAÇADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312, CPP - EMBARGOS REJEITADOS. - Não cabe liberdade provisória aos autuados em flagrante delito pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, por força da especialidade da lei penal, contida no art. 44 da Lei 11.343/06, de inolvidável destinação aos delitos descritos no art. 33, caput, e § 1º, e 34 a 37. Mormente quando se verifica no caso concreto a necessidade da garantia da ordem pública.

Agora, a Defensoria Pública impetra ao Superior Tribunal de Justiça o presente pedido de *habeas corpus* para que se conceda, liminarmente e no mérito, a ordem ou de expedição de alvará de soltura em favor do paciente ou de substituição da prisão preventiva *por medidas cautelares mais hábeis a garantir a ordem pública* (fl. 23).

Para tanto, sustenta, em suma, não terem sido apresentados pela maioria dos Desembargadores do Tribunal de Justiça fatos concretos, nem *embasamento legal para a fundamentação de suas decisões* (fl. 4). Além disso, *a quantidade de cocaína apreendida revela que suposto delito de tráfico de substância entorpecente não pode ser tido como praticado por uma organização criminosa de grande envergadura, com atividades interestaduais ou internacionais, mas, sim, de pequeno tráfico, realizado de forma amadorística e irregular* (fl. 17).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relativamente à suposta participação de menor na atividade ilícita atribuída ao paciente, menciona o impetrante *que a simples presença do referido menor no local da prisão não tem o poder de servir de prova para embasar a alegação de risco para a ordem pública, traduzindo-se em um conceito vago, completamente desligado de elementos concretos existentes no processo* (fl. 18).

Salienta que *a Procuradoria-Geral de Justiça e um dos Desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aderiram ao entendimento da Defesa Pública, fato que, se não fortalece o pedido de efetivação da liberdade do paciente, ao menos expõe a fragilidade dos fundamentos utilizados para a decretação de prisão preventiva* (fl. 20).

Defende, ainda, que as condições pessoais do paciente e *fáticas indicam a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares mais proporcionais [...], tais como o recolhimento domiciliar cumulada com monitoração eletrônica* (fl. 21).

Indeferida a liminar (fls. 91/94) e prestadas as informações (fls. 112/116, 128/154 e 193/226), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 228/233).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.644 - MG (2011/0278463-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Busca o impetrante a concessão da ordem para que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente ou a substituição da prisão por medidas cautelares diversas, ao argumento de não terem sido apresentados pela maioria dos Desembargadores do Tribunal de Justiça fatos concretos, nem embasamento legal para a fundamentação de suas decisões.

Preliminarmente, é de se salientar que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo recursal.

Esse é o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, salvo situações excepcionais, isto é, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação que, se verificada de plano, poderá ensejar a concessão de ofício de ordem de *habeas corpus*.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012; e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011.

Na espécie, contudo, tal excepcionalidade não ocorre.

No julgamento do recurso em sentido estrito no Tribunal de origem, o Sr. Desembargador Marcílio Eustáquio Santos, Relator p/ acórdão, assentou (fls. 61/65 – grifo nosso):

[...] Saliento, inicialmente, que embora não me filie à teoria que atribui valor absoluto à impossibilidade de se conceder em crimes hediondos e aos a ele



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparados a liberdade provisória, como o faz a Lei nº 11.343/06 em seu artigo 44, tenho que, cada caso concreto reclama a análise detida de suas singularidades.

[...] Bismarques de Souza Tito foi preso em flagrante portando 11 (onze) invólucros de cocaína, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas e, ainda, **na companhia de menor impúbere, sendo certo que tal prática é comum entre traficantes, uma vez que a reprimenda aplicável a menor infrator em relação ao delito de tráfico de drogas é muito mais branda do que aquela disposta na Lei nº 11.343/06, aplicável a agente traficando drogas.**

Segundo constante do Auto de Prisão em Flagrante juntado aos autos (fls. 09/175) a polícia militar da referida comarca, em deslocamento pelo bairro Capelinha, percebeu que, ao avistar a viatura, **Bismarques, que se encontrava na companhia de um menor, jogou algo para longe de si, sendo localizado na referida sacola dispensada pelo mesmo 11 (onze) papelotes de cocaína.**

Ante a suspeita de que o mesmo estivesse envolvido na prática do crime noticiado, procederam à busca pessoal encontrando, com o recorrido, a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e com o menor a quantia de R\$ 117,00 (cento e dezessete reais). Após indagarem sobre a procedência dos respectivos valores, o recorrido afirmou se tratar de dinheiro oriundo de seu trabalho como servente de pedreiro, enquanto o menor alegou ser o valor proveniente de seu trabalho, o que foi posteriormente desmentido por seus genitores, que afirmaram que o menor não trabalha.

Evitando fazer informações incompatíveis com este momento processual, o certo é que, ao menos hipoteticamente, o recorrido, pela quantidade de droga e, sobretudo, pela alta lesividade do entorpecente apreendido, aparentemente se dedicava ao tráfico de drogas, denotando que a gravidade da conduta praticada pelo mesmo recomenda a necessidade de se garantir a ordem pública, seja pelo *modus operandi* de sua conduta, ao utilizar menor na tentativa de se eximir do suposto ilícito cometido, seja por se encontrar o mesmo em liberdade provisória em razão de prisão em flagrante relativa a tráfico de drogas ocorrida em 20/03/2008, conforme certidão de Antecedentes Criminais juntada aos autos (fls. 26/27).

[...] Por tais condições, pedindo redobrada vênia ao ilustre Desembargador Relator, dele divirjo para DAR PROVIMENTO AO RECURSO, determinando-se a prisão preventiva do recorrido, com fulcro no art. 312 do Código de Processo Penal.

Expeça-se mandado de prisão em desfavor do mesmo.

É como voto.

O Sr. Desembargador Cássio Salomé, por sua vez, assim firmou (fl. 66

):

[...] Verifica-se que o Recorrido foi preso em flagrante por estar, em tese, praticando o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparado a hediondo, para o qual é **vedado expressamente**, pela Lei 11.343/06 - norma especial -, em seu art. 44, a concessão do benefício da liberdade provisória, em que pese a existência da Lei 11.464/07 - norma geral - que permitiu a benesse para os demais delitos da espécie (hediondos).

Tem-se que a modificação legislativa introduzia pela Lei 11.464/07 não alterou o disposto na Lei 11.343/06, que regula particularmente o delito de tráfico, por ser especial, não havendo que se falar em eventual antinomia no ordenamento jurídico pátrio.

[...] Não vislumbro a alegada inconstitucionalidade do dispositivo que veda a concessão de liberdade provisória, pois é a própria Carta de 1988 que confere ao legislador infraconstitucional a competência para estabelecer as hipóteses em que a Liberdade Provisória será concedida (art. 5º, LXVI).

Com tais esclarecimentos, pedindo vênia ao ilustre Desembargador Relator, dou provimento ao recurso, para cassar a decisão que julgou procedente o pedido de liberdade provisória formulado pelo recorrido.

Percebe-se que o Desembargador Cássio Salomé utilizou como fundamento para a decretação do encarceramento do paciente a vedação legal à liberdade provisória contida na Lei n. 11.343/2006. Ocorre que, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 104.339/SP, em 10/5/2012, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, devem ser observados os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, que subordinam a medida excepcional ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum libertatis*, senão vejamos:

[...] 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 104.339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665, de 7 a 11/5/2012, daquela Corte.

2. Necessidade de demonstração da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, com a utilização de dados concretos.

3. Situação em que as instâncias ordinárias não trouxeram nenhum elemento concreto que demonstrasse o preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. A manutenção da custódia está calcada apenas na gravidade abstrata do crime e no seu caráter hediondo, bem assim na existência de indícios da autoria delitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo prisão por outro motivo ou superveniência de fatos novos e concretos que autorizem a sua decretação, podendo o Juízo de primeiro grau impor-lhe medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, ficando ratificada a liminar deferida.

(HC n. 234.354/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 6/8/2012)

Superado esse ponto, tem-se, portanto, que a prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias concretas que demonstrem a necessidade da medida extrema.

Como se vê, a prisão cautelar do paciente foi decretada para a garantia da ordem pública, tendo o Desembargador Relator para o acórdão se apoiado, para tanto, na quantidade e lesividade da droga apreendida (onze papелotes de cocaína); no *modus operandi* empregado, qual seja, *utilizar menor para se eximir do suposto ilícito cometido* (fl. 63); e no fato de que o paciente, quando do flagrante, encontrava-se em liberdade provisória em razão da prática de outro delito de tráfico de drogas.

Assim, *tem-se por válida a fundamentação para a manutenção da custódia, com expressa menção à situação concreta, na medida em que a quantidade e variedade das drogas [...] evidenciam a perniciosidade da ação ao meio social* (HC n. 227.988/SP, Ministra Laurita Vaz, DJe 29/6/2012).

Ademais, a conduta imputada ao paciente *revela, pelas suas circunstâncias, concreta reprovabilidade, remarcando-se que esta Corte tem proclamado que o modus operandi também é fundamento bastante para a decretação da custódia cautelar* (HC n. 236.231/DF, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18/6/2012).

Não obstante isso, *é da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, igualmente, que a utilização "de menores para a disseminação do material tóxico" constitui fundamentação cautelar válida, sobretudo quando somada, como no caso, a outros elementos* (HC n. 166.327/PR, Ministro Celso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 2/8/2010).

Ainda, tem-se que *a reiteração na prática delitiva é tida como razão idônea à manutenção da custódia cautelar, como meio a resguardar a ordem pública* (HC n. 113.470/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 22/3/2010).

Por fim, é imperioso ressaltar que condições pessoais favoráveis não possuem o condão de, por si sós, conduzir à revogação da prisão preventiva quando houver elementos concretos nos autos, de ordem objetiva ou subjetiva, que autorizam a manutenção da medida extrema.

Ante o exposto, diante da ausência de ilegalidade manifesta, **não conheço** do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0278463-6

HC 225.644 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10027091907322 27091907322

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BISMARQUES DE SOUZA TITO
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : BISMARQUES DE SOUZA TITO (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.