



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.270 - SP (2012/0177149-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLA BARREIROS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do 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 deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BENEFÍCIO EM TESE ADMITIDO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SAÚDE PÚBLICA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENHIDA. ENVOLVIMENTO DE MENORES INIMPUTÁVEIS. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão “*e liberdade provisória*”,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constante do art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, afigura-se possível, em princípio, a concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas, de tal sorte que para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.

3. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico, a embasar a prisão do agente.

4. Não obstante o novo entendimento da Suprema Corte, não resta configurado o alegado constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está justificada para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, diante da natureza e da quantidade de droga apreendida - 170 pequenas porções de cocaína com peso bruto de 44,1 gramas, além de 2,7 gramas de cocaína ainda no forno - e do envolvimento de três menores inimputáveis na empreitada criminosa.

5. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, por si só, revogar a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada, como ocorre *in casu*.

6. *Writ* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.270 - SP (2012/0177149-1)

IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLA BARREIROS DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar impetrado em favor de CARLA BARREIROS DOS SANTOS, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem no *Writ* n.º 0082470-74.2012.8.26.0000, mantendo a decisão que converteu a prisão em flagrante da paciente em preventiva, nos autos da ação penal em que restou denunciada pela suposta prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e art. 35, ambos c/c art. 40, inciso VI, todos da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a Corte *a quo* não teriam sido apresentados elementos concretos que justificassem a manutenção da custódia cautelar da paciente, reputando ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, malferindo o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Alega que a custódia cautelar da acusada teria sido fundamentada exclusivamente na gravidade abstrata do delito, não tendo a autoridade impugnada demonstrado concretamente os motivos pelos quais sua liberdade vulneraria a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação constante no art. 44 da Lei nº 11.343/06, razão pela qual mostra-se ilegal a prisão cautelar decretada somente sob este fundamento.

Ressalta que a acusada é primária, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, predicados que lhe permitiriam responder a ação penal em liberdade.

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.270 - SP (2012/0177149-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, por meio deste *habeas corpus* originário, impetrado em substituição ao recurso ordinário cabível, busca o impetrante a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor da paciente, em razão da suposta prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e art. 35, ambos c/c art. 40, inciso VI, todos da Lei n.º 11.343/2006.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação do impetrante contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

Do cotejo dos aludidos dispositivos, percebe-se que o Poder Constituinte Originário, prevendo situações distintas envolvendo a tutela do direito de locomoção, atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competências também diferenciadas, atento à sua peculiar função de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, tratando-se de coação ao direito ambulatorio do indivíduo atribuível a quaisquer das autoridades elencadas nas alíneas "a" e "c" do inciso I do artigo 105, autoriza-se o manejo do *writ* de forma originária perante esta Corte Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça. Em se tratando de coação perpetrada por qualquer outra autoridade, deve-se buscar na legislação pátria a competência originária para analisar o pedido de *habeas corpus*, em observância às normas atinentes ao devido processo legal.

Entretanto, nas últimas décadas os operadores do direito têm incluído na acepção do termo "coação" a manutenção pelos Tribunais locais ou regionais de atos praticados por juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição, ou pelas demais autoridades submetidas às suas jurisdições, quando denegam os *habeas corpus* originariamente ali impetrados.

Institucionalizou-se o entendimento no sentido de que, mantendo a decisão objurgada, os Tribunais locais encampariam o alegado constrangimento ilegal, passando, então, a figurarem como autoridades coatoras. Tal interpretação passou a comportar o chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário cabível, que veio a colocar em desuso a referida insurgência expressamente prevista no ordenamento constitucional.

Esta espécie de *writ* vem sendo utilizado em larga escala, tendo em vista as flagrantes vantagens frente ao recurso ordinário, especialmente pela ausência de maiores formalidades, já que dispensável até mesmo a capacidade postulatória.

Essa prática passou a ser cancelada pelos Tribunais Superiores, principalmente no final da década de 1980 e no decorrer da de 1990, quando a sociedade brasileira se viu ávida pela tutela de direitos que lhe foram tolhidos no período ditatorial.

Nesse diapasão, a Primeira Turma do 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 deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Tal conclusão evidencia que, na hipótese, insurgindo-se o impetrante 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Na espécie, pretende-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva decretada contra a paciente, em razão da prática, em tese, dos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o narcotráfico.

Da análise dos autos, constata-se que o Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Piracicaba/SP converteu a prisão em flagrante em preventiva, nos termos a seguir aduzidos:

"[...]

A prisão em flagrante deve ser convertida em preventiva, eis que estão presentes seus requisitos e pressupostos.

Com efeito, trata-se de crime grave punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Por outro lado, considerando os elementos dos autos, há indício de autoria e materialidade do crime.

Quanto à necessidade da prisão, anoto que o delito reveste-se de extrema gravidade e demonstra periculosidade, pois fomenta vários outros delitos.

Tais fatos revelam a insuficiência de outras medidas cautelares e demonstram a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, a fim de se prevenir a reprodução das atividades delituosas, acautelar o meio social e a própria credibilidade na Justiça" (e-STJ fls. 108).

Ato contínuo, o magistrado singular indeferiu o pedido de concessão de prisão domiciliar nos seguintes termos:

"No presente feito, verifica-se que a acusada foi presa em flagrante delito juntamente com outra mulher e, ainda, quatro adolescentes, em local em que foi apreendida grande quantidade de entorpecentes além de petrechos comumente utilizados na traficância e celulares.

Com efeito, a situação em que se deram os fatos impõe robustos indícios de autoria delitiva e, como bem salientado pelo MP, a acusada não demonstrou sua preocupação na criação de seus filhos menores no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

momento em que se envolveu na ocorrência.

[...]

E não há que se falar, como já dito, que o presente caso é de concessão da prisão domiciliar. Com efeito, não há na Comarca mecanismo de fiscalização das condições impostas a tal modalidade de prisão e dizer que a acusada continuará presa preventivamente mas em casa, não pode ser aceito como justificativa à medida buscada. Mais uma vez foi promovida alteração legislativa sem o necessário aparelhamento estatal para a fiscalização da medida" (e-STJ fls. 133).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de Origem, o qual, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou-lhe a ordem, nos seguintes termos:

"[...]

2.- A concessão de liberdade provisória aos agentes envolvidos em tráfico de drogas é proibida pelo art. 44, da Lei nº 11.343/06. A referida disposição legal derogou, quanto ao crime de tráfico de entorpecente, o art. 310, parágrafo único, do CPP. A proibição já existia e foi, portanto, mantida.

Não se diga que a modificação do art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90, introduzida pela Lei 11.464/07, inovou de modo a beneficiar o paciente. Se a liberdade garantida está proibida, maior razão há para compreender-se como vedada a sem qualquer garantia.

Não consigo ver lógica na concessão de liberdade provisória, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao preso em flagrante por crime ao qual se nega a liberdade afiançada. Se ele requerer o pagamento de fiança, para a qual é necessário que não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 324, IV, CPP), o benefício lhe será negado; se invocar o art. 310, parágrafo único, ele será concedido?

[...]

Penso que quem veda o mais (liberdade mediante garantia que se oferece de que não haverá fuga), veda o menos (a mesma liberdade sem qualquer certeza da submissão do réu aos ditames da lei penal). Se a liberdade provisória afiançada está proibida, proibida também deve estar a sem qualquer garantia.

Anoto que a questão da pena a ser aplicada é exercício de futurologia. Não se sabe se haverá condenação. E, se houver, é impossível antecipar-se a pena que será aplicada" (e-STJ fls. 12 a 15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que toca à alegada prescindibilidade da custódia preventiva da paciente, não obstante os argumentos expostos na impetração, a ordem não comporta concessão.

Isso porque não se pode olvidar que o crime de tráfico de entorpecentes, erigido a categoria de delito equiparado ao hediondo, dada a sua natureza, por si só, constitui ofensa a incolumidade pública, pois, considerado tipo penal de perigo abstrato, não se exige concreta demonstração de seu poder de lesão à ordem pública ou à sociedade, a fim de justificar um maior rigor ao tratamento dado pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, para melhor compreensão do tema, cumpre conceituar os crimes de perigo abstrato, assim entendidos os que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Em outros termos, em tais delitos não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente a ação.

A utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa deve-se ao fato de que, na sociedade atual, cada vez mais surgem atividades e produtos com alto potencial lesivo, e que possuem intensa capacidade de gerar elevados danos à coletividade.

Diante da magnitude dos prejuízos possíveis, e adiantando-se à ocorrência da lesão, é que são previstos os crimes de perigo abstrato, que constituem uma antecipação da tutela estatal, revelando um caráter preventivo do Direito Penal.

Percebe-se, desse modo, que as condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são aquelas que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Por conseguinte, a presunção de lesão nos crimes de perigo abstrato justifica-se na medida em que novos contextos de risco surgem na esfera social, exigindo uma tutela penal de prevenção, que incide antes mesmo da ocorrência de danos que, se ultimados, trariam resultados ainda mais maléficos para a comunidade.

Em observância a tais postulados, o crime de tráfico de entorpecentes foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipificado pelo legislador pátrio como sendo de perigo abstrato.

Nesse sentido, confira-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

O tráfico de entorpecentes, assim como o porte ilegal de arma de fogo (somente para mencionar um exemplo ilustrativo e comparativo) é um crime de perigo (há uma probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado) abstrato (independe de prova dessa probabilidade de dano, pois presumida pelo legislador na construção do tipo). Não vemos, com a devida vênia, nenhum tipo de obstáculo de natureza técnica ou mesmo atentatória a princípios constitucionais garantistas, como parcela da doutrina insiste em sustentar. Alguns mencionam que a presunção absoluta (juris et de jure) não permite ao acusado fazer prova em sentido contrário, vale dizer, que seu comportamento seria inofensivo ao bem jurídico protegido. Assim ocorrendo, haveria ofensa a vários princípios penais, dentre os quais o da responsabilidade pessoal, o da culpabilidade e o da presunção de inocência. Nada disso ocorrerá se o legislador agir dentro dos parâmetros democráticos que dele se espera para a construção de tipos penais de perigo abstrato, baseado em regras de experiência sólidas e estruturadas, apontando para a necessidade de se proibir determinada conduta, pois sua prática envolve o perecimento de bens considerados indispensáveis à vida em sociedade. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 344.)

O referido autor prossegue, aduzindo que:

Portanto, construído um tipo penal de perigo abstrato com razoabilidade, nada há de atentatório ao princípio da responsabilidade pessoal (a pena não passará da pessoa do delinqüente), pois será apenado somente o traficante e nenhuma outra pessoa que não seja diretamente responsável como co-autor ou partícipe. Nada existe de violação ao princípio da culpabilidade (não há crime sem dolo ou culpa), pois o traficante age, evidentemente, com dolo de perigo (vontade de colocar em risco o bem jurídico tutelado - a saúde pública - ainda que não o lese efetivamente). Inexiste ofensa ao princípio da presunção de inocência, pois o traficante, para receber a pena merecida, submeter-se-á ao devido processo legal, com ampla defesa e contraditório. É lógico e evidente não poder ele fazer prova de que seu comportamento é inofensivo ao importar, por exemplo, uma grande quantidade de cocaína, colocando-a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em depósito para, depois, vender. Essa defesa não lhe cabe, como também não é da alçada do Poder Judiciário avaliar a conveniência ou a inconveniência da liberação do comércio de drogas. Para isso existe o Legislativo, que, captando os anseios da sociedade, proíbe e autoriza condutas, conforme edita leis. Não se permite que determinados entorpecentes circulem em sociedade porque seus danos, ao longo do tempo, já foram comprovados, não somente por médicos, cientistas, especialistas da área de saúde pública em geral, como também por fatos concretos passados. A saúde pública, bem jurídico imaterial, mas que significa a possibilidade de várias pessoas, em número indefinido, adoecerem e, por fim, morrerem, é atingida quando há tráfico ilícito de drogas. Não se trata, portanto, de delito material, aquele que produz, necessariamente, para consumação, resultado naturalístico. É crime de atividade, na modalidade formal, isto é, pune-se apenas a conduta de vender substância entorpecente, por exemplo. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 344/345.)

É justamente em face da natureza de crime de perigo abstrato que se considera a vulneração da saúde pública nos casos de tráfico de entorpecentes, a fim de justificar a prisão do agente a bem da preservação da ordem pública.

Desta feita, como o delito tráfico de drogas representa a probabilidade de dano à saúde das pessoas, não se exigindo a produção de tal resultado para a sua consumação, não se permite que o acusado faça prova de que seu comportamento é inofensivo ou até mesmo suscitar que seria de rigor o deferimento da liberdade, em função de ausência de fundamentação da ordem de prisão.

Quanto ao ponto, merecem destaque, mais uma vez, as palavras de Nucci, para quem:

(...) as regras de experiência já mostraram não ser conveniente à sociedade a circulação de determinados tipos de drogas, pois geradoras de maiores problemas do que vantagens a quem delas faz uso. Devemos lutar para a extinção das infrações penais irrelevantes, aquelas que o tempo demonstra não serem de gosto da sociedade e que caem no esquecimento. Devemos combater tipos penais ofensivos à intervenção mínima do Direito Penal nos conflitos sociais, pois são representativos de um Estado totalitário. Devemos, enfim, sustentar a inconstitucionalidade de tipos penais de perigo abstrato arbitrários e frutos da intolerância do legislador em relação à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade de expressão e da intimidade dos cidadãos, tal como a pretensa vontade de punir a ociosidade ou a mendicância (arts. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais). No mais, devemos aplaudir o legislador, quando acerta na construção de tipos penais de perigo abstrato, cujas condutas são realmente arriscadas à integridade das pessoas que vivem em sociedade. É o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 345/346.)

De tudo quanto foi dito, tem-se que o fato de o crime de tráfico de entorpecentes ser de perigo abstrato, além de tutelar o bem imaterial consistente na saúde pública, legitima a necessidade da prisão preventiva para a preservação da ordem pública.

Outrossim, é certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, o benefício da liberdade provisória, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma.

Contudo, em 10-5-2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que proibia a concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 104.339/SP, da relatoria do Exmo. Ministro Gilmar Mendes.

Para melhor análise do tema, transcreve-se excerto extraído do Informativo n.º 665 do Pretório Excelso:

"Tráfico de drogas e liberdade provisória - 1
O Plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus — afetado pela 2ª Turma — impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente. Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 ("Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a conversão de suas penas em restritivas de direitos”). A defesa sustentava, além da inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória, o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal no juízo de origem.

Tráfico de drogas e liberdade provisória - 2

Discorreu-se que ambas as Turmas do STF teriam consolidado, inicialmente, entendimento no sentido de que não seria cabível liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face da expressa previsão legal. Entretanto, ressaltou-se que a 2ª Turma viria afastando a incidência da proibição em abstrato. Reconheceu-se a inafiançabilidade destes crimes, derivada da Constituição (art. 5º, XLIII). Asseverou-se, porém, que essa vedação conflitaria com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal. Demonstrou-se que esse empecilho apriorístico de concessão de liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. Ocorre que a disposição do art. 44 da Lei 11.343/2006 retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), ambos do art. 5º da CF. Concluiu-se que a segregação cautelar — mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes — deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares, relativas a outros delitos dispostos no ordenamento. Impenderia, portanto, a apreciação dos motivos da decisão que denegara a liberdade provisória ao paciente do presente writ, no intuito de se verificar a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Salientou-se que a idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, dos elementos autorizadores da medida (CF, art. 93, IX). Verificou-se que, na espécie, o juízo de origem, ao indeferir o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, não indicara elementos concretos e individualizados, aptos a justificar a necessidade da constrição do paciente, mas somente aludira à indiscriminada vedação legal. Entretanto, no que concerne ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, reputou-se que a tese estaria prejudicada, pois prolatada sentença condenatória confirmada em sede de apelação, na qual se determinara a continuidade da medida acauteladora,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a garantia da ordem pública.

Tráfico de drogas e liberdade provisória - 3

O Min. Dias Toffoli acresceu que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória. Afirmou que a fiança, conforme estabelecido no art. 322 do CPP, em certas hipóteses, poderia ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei. Quanto à liberdade provisória, caberia ao magistrado aferir sua pertinência, sob o ângulo da subjetividade do agente, nos termos do art. 310 do CPP e do art. 5º, LXVI, da CF. Sublinhou que a vedação constante do art. 5º, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória. O Min. Ricardo Lewandowski lembrou que, no julgamento da ADI 3112/DF (DJe de 26.10.2007), a Corte assinalara a vedação constitucional da prisão ex lege, bem assim que os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação de ordem prisional por parte da autoridade competente mereceriam ponderação maior se comparados à regra da inafiançabilidade. O Min. Ayres Britto, Presidente, consignou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional da prisão (art. 5º, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional.

Tráfico de drogas e liberdade provisória - 4

Vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que entendiam constitucional, em sua integralidade, o disposto no art. 44 da Lei 11.343/2006. O Min. Luiz Fux denegava a ordem. Explicitava que a Constituição, ao declarar inafiançável o tráfico, não dera margem de conformação para o legislador. O Min. Joaquim Barbosa, a seu turno, concedia o writ por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão processual. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio também concedia a ordem, mas por verificar excesso de prazo na formação da culpa, visto que o paciente estaria preso desde agosto de 2009. Alfim, o Plenário, por maioria, autorizou os Ministros a decidirem, monocraticamente, os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o art. 44 da Lei 11.343/2006. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio.

HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012. (HC-104339)"

Assim, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, pela Suprema Corte, afigura-se possível, em princípio, a concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novel Lei Antidrogas, de tal sorte que para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

E, no presente caso, não obstante o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a custódia cautelar da acusada encontra-se justificada e mostra-se necessária especialmente para a **garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta** dos delitos em tese perpetrados.

Nota-se dos autos que policiais militares teriam recebido informação de que em determinada residência, várias mulheres se dedicariam ao tráfico de entorpecentes, razão pela qual se dirigiram para lá, ocasião em que foram recebidos pela corré Greice. No interior do imóvel, estava a paciente e mais duas adolescentes, sendo que em revista ao local, os milicianos localizaram sobre uma cama 170 porções de cocaína, já prontas para a entrega e consumo para terceiros, além de apetrechos para embalagem, tais como tesoura, papel, alumínio e plástico.

Narra a exordial acusatória, ainda, que no interior do forno, os policiais militares encontraram um prato com mais cocaína, ainda por embalar, além de um medidor e uma peneira (e-STJ fls. 25 a 28).

Assim, diante do *modus operandi* narrado, aliado à **natureza e a quantidade de droga apreendida com a denunciada, 170 pequenas porções de cocaína com peso bruto de 44,1 gramas e outras 2,7 gramas de cocaína, espalhadas no forno para produção, e o fato de estar acompanhada de três menores inimputáveis** (e-STJ fls. 25), demonstrada está a potencialidade lesiva da infração noticiada, a justificar a não concessão da pretendida soltura clausulada.

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

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CUSTÓDIA CAUTELAR DECRETADA NO INTUITO DE CESSAR A REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, 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. A prisão preventiva foi decretada e mantida para garantia da ordem pública, no intuito de cessar a reiteração delitiva. Paciente que guardava em sua residência grande quantidade de drogas (setenta e nove pedras de crack e um tablete de maconha prensada) e possui anotações em sua folha de antecedentes que revelam tendência delitiva. Ilegalidade inexistente.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 243.192/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 10/12/2012)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA EVIDENCIADA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. No julgamento do Habeas Corpus n.º 104.339, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n.º 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 commissi delicti* e ao *periculum libertatis*.

4. No caso, a custódia foi mantida com base na gravidade concreta do crime, evidenciada pela quantidade e variedade de droga apreendida com o paciente - 19 (dezenove) porções de cocaína, 19 (dezenove) pedras de crack e 7 (sete) porções de maconha -, denotando a sua periculosidade, o que atrai a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

5. O Tribunal impetrado ressaltou, também, que o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desacatou os guardas, resistiu a ordem de abordagem e no mesmo local foram localizadas armas, o que reforça a necessidade da manutenção da prisão cautelar para a garantia da ordem pública.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 252.405/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012)

Destaca-se, ainda, que, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si só, desconstituírem a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis, de ordem objetiva ou subjetiva, que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu*.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

[...]

III. As condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, por si só, viabilizar a revogação da custódia preventiva, se existem outros elementos nos autos que respaldam a medida constritiva.

IV. Ordem denegada.

(HC 242.546/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012)

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima a paciente.

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0177149-1

HC 252.270 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4442012 4510120120060595 824707420128260000

EM MESA

JULGADO: 19/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLA BARREIROS DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : GREICE ELEN FESSEL VIEIRA

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."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.