



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.983 - SP (2014/0333841-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **DIEGO BIAZZIN E OUTRO**
ADVOGADO : **DIEGO BIAZZIN E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ZEFERTY ROBERTY MORAES PEREIRA**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. No caso, o Tribunal de Justiça decretou a prisão preventiva levando em conta a vedação à liberdade provisória do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 e presumindo, em função da gravidade abstrata do delito, que o paciente em liberdade põe em risco a ordem pública, sem apontar qualquer elemento fático para justificar a necessidade da custódia.

4. O Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar, o que não ocorreu no caso.

5. Não é razoável presumir que, em liberdade, o paciente representa risco à ordem pública. Não havendo elementos hábeis e específicos a justificar a custódia, resta configurada ilegalidade na decretação de preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, mormente considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida – aproximadamente 15,5g de maconha.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, restabelecendo a decisão do Juízo de primeiro grau quanto às medidas cautelares fixadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de março de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.983 - SP (2014/0333841-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de ZEFERTY ROBERTY MORAES PEREIRA, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso em sentido estrito n. 0002265-57.2014.8.26.0495 e decretou sua prisão preventiva (fls. 1/17).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343, de 23/8/2006 e, em 21/11/2013, o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Registro converteu a custódia em preventiva e substituiu-a por outra medida cautelar prevista no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal (fls. 26/27 e 24/25).

O *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito, que restou provido pelo TJ/SP, em 13/11/2014, para decretar a custódia preventiva (fls. 19/23).

Segundo a impetração, o paciente sofre constrangimento ilegal, porque: *a)* a droga apreendida era de uso pessoal do paciente, não tendo sido presenciada qualquer situação de mercancia; e *b)* a prisão cautelar é medida excepcional e somente pode ser aplicada com observância dos requisitos do art. 312 do CPP.

A liminar foi deferida, em 12/12/2014, para "revogar a prisão preventiva do paciente, com a imediata expedição de alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso, restabelecendo a decisão do Juízo de primeiro grau quanto às medidas cautelares fixadas" (fls. 30/31).

As informações encontram-se nas fls. 41/42, 44/55 e 57/65.

Em parecer (fls. 72/73), o Ministério Público Federal (MPF) opinou para que o *writ* seja julgado prejudicado, pois "tendo sido proferida sentença condenatória, o pedido de liberdade provisória feito neste habeas corpus perdeu o objeto, assim como ficou superada a alegação de que o crime de tráfico de drogas deveria ser desclassificado para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.983 - SP (2014/0333841-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Pleiteia-se a revogação da prisão preventiva do paciente decretada no recurso em sentido estrito n. 0002265-57.2014.8.26.0495.

Há notícia de que, em 15/12/2014 – antes, portanto, do deferimento da medida liminar neste *habeas corpus* –, a ação penal n. 0011103.23.2013.8.26.0495 foi julgada, sendo o paciente condenado, por ofensa ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 250 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo (fl. 42). A sentença negou-lhe o direito de apelar em liberdade, com arrimo no decidido no recurso em sentido estrito n. 0002265-57.2014.8.26.0495 pelo TJ/SP.

É verdade que a segregação do paciente decorre de novo título judicial (sentença condenatória) e não mais de conversão da prisão em flagrante em preventiva. Porém, os fundamentos utilizados para manter a custódia do paciente foram os mesmos do decreto de prisão preventiva, aqui impugnados.

Desse modo, a impetração não está prejudicada, como sugeriu o MPF.

A 5ª Turma deste Tribunal firmou o entendimento de que “a ação constitucional de *habeas corpus* e o recurso em *habeas corpus* que questionam decreto de prisão preventiva não se encontram prejudicados pela superveniência de novo título, se a sentença penal condenatória mantém a constrição cautelar, sem agregar fundamentos novos” (RHC n. 47.359/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, *DJe* 4/9/2014).

O fato de a sentença ter fixado regime prisional inicial semiaberto não é incompatível com o cumprimento de prisão preventiva.

Com efeito, a segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes. O decreto de prisão processual exige a especificação de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, sendo certo que a proibição abstrata de liberdade provisória também se mostra incompatível com tal presunção constitucional de não culpabilidade ou da presunção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inocência, sob pena de antecipar a reprimenda e a ser cumprida quando da condenação.

Sendo assim, cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos consignados na Lei Processual, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos, sendo que razões outras desprovidas de cunho acautelatório não podem ser utilizadas para a imposição da medida constritiva.

A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Na hipótese dos autos, observa-se que o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Registro deferiu, de forma fundamentada, a liberdade provisória ao paciente, registrando, em síntese, que pela quantidade de droga apreendida – 15 pacotes de maconha, contendo 15g cada um – haveria grande possibilidade de se tratar de usuário de drogas. Aplicou, por conseguinte, as medidas cautelares previstas no art. 319, I e IV, do CPP (fls. 24/25).

Por sua vez, o TJ/SP – no julgamento do recurso em sentido estrito ocorrido um ano após a concessão da liberdade provisória – determinou a prisão do paciente sem apresentar nenhum elemento concreto que justificasse a custódia, limitando-se a apontar a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas pela vedação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, bem como a necessidade da prisão como garantia da ordem pública, explicitada de forma genérica (fls. 19/23), nos seguintes termos:

Inicialmente, porque, como se sabe, o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos) veda a concessão desse benefício àqueles que são acusados da prática de tráfico de drogas. Tratando-se de Lei Especial, não pode ter sido revogada pelo o que veio a estabelecer, depois, a Lei nº 11.464/07, que deu nova redação à Lei dos Crimes Hediondos.

Isto não bastasse, se a Constituição da República, no seu artigo 5º, inciso XLIII, proíbe a concessão de liberdade com fiança para certos crimes - dentre eles o tráfico de drogas -, constituiria verdadeiro absurdo a concessão de liberdade provisória sem fiança para esses mesmos delitos.

Aliás, PEREIRA está sendo acusado da prática de delito inafiançável, nos termos do artigo 323, inciso II, do Estatuto de Rito, com a redação que lhe foi dada pela recente Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

Também é indiscutível, na hipótese, a presença de pelo menos um dos requisitos ensejadores da custódia cautelar: a garantia da ordem pública.

O conceito de ordem pública abrange, aliás, a própria credibilidade da Justiça Criminal, e a estabilidade do Estado de Direito e da Democracia. Portanto, é dever do Judiciário garantir a ordem pública, vale dizer, a segurança social, embora isto, às vezes, possa implicar até mesmo na tomada de medidas extremas, como a restrição da liberdade de alguém,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde que esse indivíduo não se mostre em condições de participar da vida em sociedade, como é o caso do recorrido, que foi flagrado com 15 porções de maconha.

De outra parte, convém lembrar que as várias espécies de prisão processual em nada contrariam o disposto pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal ('ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'), diante do que estabelece o próprio inciso LXI, do mesmo dispositivo constitucional ('ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei'). E, diga-se a bem da verdade, há uma significativa diferença entre o fato de 'não ser considerado culpado' e o de 'ser considerado inocente'.

Inicialmente, quanto à vedação legal da liberdade provisória, mesmo em caso de crimes hediondos (ou equiparados), remanesce a necessidade de fundamentação concreta para o indeferimento do pedido, prestigiando-se, assim, a regra constitucional da liberdade em contraposição ao cárcere cautelar, quando não houver sido demonstrada a necessidade de segregação.

A corroborar esse entendimento, ainda relativamente ao princípio da individualização da pena, cumpre relembrar que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiu pedido formulado no *habeas corpus* n. 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos do art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar. Como se verifica da transcrição supra, isso não ocorreu.

Os motivos apresentados pelo Pretório Excelso naquele julgamento devem nortear as demais decisões a respeito da liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

Assim constou do Informativo/STF n. 665, de 7 a 11 de maio de 2012:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no juízo de origem.

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, para a garantia da ordem pública.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Constata-se, também, que o TJ/SP considerou a prisão necessária para garantir a ordem pública, presumindo, em função da gravidade abstrata do delito, que o paciente, em liberdade, põe em risco a ordem pública, sem apontar qualquer elemento fático para justificar a necessidade da custódia.

Não é razoável presumir que, em liberdade, o paciente representa risco à ordem pública. Não havendo elementos hábeis e específicos a justificar a custódia, resta configurada ilegalidade na decretação de preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido, HC n. 276.520/SP, Relator Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe 13/2/2014; HC n. 286.981/MG, Relator Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 1/7/2014; AgRg no HC n. 295.799/SP, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 10/10/2014; e HC n. 147.404/MS, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 7/12/2009.

Há de se considerar, ainda, que o Juízo de primeiro grau deferiu, de forma fundamentada, a liberdade provisória ao paciente, registrando, em síntese, que, pela quantidade de droga apreendida — 15 pacotes de maconha, com peso bruto aproximado de 15,5g —, haveria grande possibilidade de se tratar de usuário de drogas. Aplicou, por conseguinte, as medidas cautelares previstas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal (fls. 24/25 e 26/27).

Por fim, observa-se que o acórdão não examinou a tese de desclassificação da imputação para o tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Desse modo, não pode este Superior Tribunal, em princípio, examinar a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Contudo, confirmo a liminar e CONCEDO A ORDEM, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente — salvo se por outro motivo estiver preso —, restabelecendo a decisão do Juízo de primeiro grau quanto às medidas cautelares fixadas.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0333841-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.983 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022655720148260495 20140000740611 22655720148260495 6232013

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIEGO BIAZZIN E OUTRO
ADVOGADO : DIEGO BIAZZIN E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ZEFERTY ROBERTY MORAES PEREIRA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.