



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.672 - SP (2014/0139518-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : SARA RODRIGUES DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : SARA RODRIGUES DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DE CARVALHO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO DO ARTIGO 44 DA LEI N.º 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. DECRETO PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

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. O Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "*e liberdade provisória*", constante do art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, determinando que, depois de apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP, se for o caso, fosse mantida a segregação cautelar.

3. 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 demonstrada a necessidade de segregação.

4. A custódia preventiva é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a segregação atende ao menos a um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Caso em que o acórdão impugnado, para vedar a liberdade provisória do paciente, invocou, tão-só, a proibição legal do texto reputado inconstitucional pelo Pretório Excelso, olvidando justificar, devidamente, a necessidade de sua segregação cautelar para garantir a ordem pública.

6. Conquanto apontado no parecer ministerial que a variedade e a quantidade de entorpecentes apreendidos (2 pedras de "crack", 0,7g de cocaína e 22,2g de maconha), na forma de 8 trouxinhas e 1 tablete, bem como os apetrechos para o fabrico da droga e a quantia em dinheiro encontrada (R\$ 610,95) evidenciariam a periculosidade do custodiado e a gravidade concreta do delito, tais elementos não foram assinalados no acórdão combatido como fundamento para a decretação da medida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extrema.

7. À míngua de elementos concretos a justificar a prisão do paciente, há ensejo para a revogação de sua custódia, porquanto decretada desacompanhada de motivação idônea, *ex vi* do que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal.

8. Constrangimento ilegal por excesso de prazo que, não debatido na instância originária, deixa de ser examinado nesta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, com a imediata expedição de alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso, sem prejuízo da aplicação pelo Juízo *a quo* de medida cautelar diversa, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

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), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de novembro de 2014(data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.672 - SP (2014/0139518-6)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDERSON DE CARVALHO DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Pugna a impetração pela revogação da prisão preventiva do paciente, decretada pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 (tráfico e associação ao tráfico de drogas), fundada na inconstitucionalidade do art. 44 daquele diploma, pronunciada pelo Col. STF.

Alega existir constrangimento ilegal na negativa de concessão da liberdade provisória com base no citado texto legal, bem como no excesso de prazo na formação da culpa.

Após aduzir a ausência dos pressupostos da segregação preventiva (CPP, art. 312), discorre sobre a possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319, I e III).

Pugna, liminarmente, pela expedição de alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, pelo direito de ele responder ao processo em liberdade.

Liminar indeferida (fls. 43/44).

Prestadas as informações (fls. 86/116) a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo parcial conhecimento do *writ* e, na extensão conhecida, pela denegação da ordem (fls. 122/132).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.672 - SP (2014/0139518-6)

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.

In casu, no que tange 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 STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no *habeas corpus* n. 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão “*e liberdade provisória*”, constante do art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, determinando que, uma vez apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP, se for o caso, fosse mantida a segregação cautelar.

Eis a ementa do julgado pretoriano:

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, *caput*, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (STF, HC 104339/SP, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 10/05/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe 06-12-2012).

Fora de dúvida que os motivos apresentados pelo Pretório Excelso nesse julgamento devem nortear as demais decisões a respeito da liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Na hipótese dos autos, a conversão da prisão em flagrante do paciente em custódia preventiva, no primeiro grau, fundou-se no fato de a prática criminosa imputada ser punida com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, além de o ilícito possuir caráter hediondo, cujo regime prisional inicial dever ser o fechado (v. fls. 64/65).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao apreciar a ordem originária, manteve a custódia do paciente, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

No caso dos autos, como bem anotado na referida decisão, existem indícios de autoria e prova da materialidade do delito, sendo a custódia necessária à garantia da ordem pública.

Ademais, anote-se, que o benefício postulado está expressamente vedado no artigo 44 da Lei nº 11.343, de 2006, segundo o qual o delito de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável e insuscetível de liberdade provisória. Aliás, a vedação encontra eco na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal (...).

Ora, extrai-se do trecho acima transcrito que o acórdão impugnado, para vedar a liberdade provisória do paciente, invocou, tão-só, a proibição legal do texto reputado inconstitucional pelo Pretório Excelso, olvidando justificar, devidamente, a necessidade de sua segregação cautelar para garantir a ordem pública.

Desta forma, à míngua de elementos hábeis a justificar a prisão do réu, há ensejo para a revogação de sua custódia, porquanto decretada desacompanhada de motivação idônea, *ex vi* do que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, trago o precedente a seguir transcrito:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE PROVISÓRIA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. (HC N.º 104.339/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. Recorrente preso em flagrante no dia 23/08/2013, pela suposta prática dos delitos dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido com uma pedra de crack (0,3g) e três trouxinhas de maconha (3,30g), além de manter em depósito, na residência, mais 36 trouxinhas de maconha (34,100g). 2. **O Plenário do Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação legal à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (leading case: HC**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 06/12/2012.). Tal posição refletiu no entendimento até então adotado nesta Corte Superior, que passou a considerar necessária à presença de ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrado no caso concreto, também em relação à prisão cautelar por crime de tráfico ilícito de drogas. 3. O acórdão combatido manteve a prisão cautelar do Recorrente mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do retrocitado art. 312. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos. Esta Corte Superior não pode referendar tais fundamentos, o que determina a revogação da constrição cautelar *sub judice*. 4. O Recorrente encontra-se preso cautelarmente há mais de 07 meses, sem que tenha havido, até agora, prolação da sentença. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão. 5. Recurso ordinário provido, para determinar a imediata soltura do Recorrente, se por al não estiver preso, com aplicação, entretanto, das medidas cautelares diversas da prisão descritas nos incisos I, II, III, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal, a serem especificadas pelo Juiz Sentenciante, sem prejuízo da imposição de outras medidas que entender necessárias. (RHC 46.329/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014). (grifos acrescidos).

Por derradeiro, destaco que, embora o *Parquet*, no parecer que dormita às fls. 122/132, tenha apontado que a variedade e a "significativa" quantidade de entorpecentes apreendidos (2 pedras de "crack", 0,7g de cocaína e 22,2g de maconha"), na forma de 8 trouxinhas e 1 tablete, bem como os apetrechos para o fabrico da droga e a grande quantia em dinheiro encontrada (R\$ 610,95), evidenciariam a periculosidade do custodiado e a gravidade concreta do delito, tais elementos, contudo, não foram assinalados como fundamento, no julgado impugnado, para a decretação da medida extrema.

Quanto à alegação de excesso de prazo, o tema não foi ventilado no *writ* originário, motivo pelo qual deixou de ser debatido na instância originária. Logo, esta Corte Superior acha-se impossibilitada de proceder a tal exame, sob pena de incorrer em supressão de instância.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, com a imediata expedição de alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso, sem prejuízo da aplicação pelo Juízo *a quo* de medida cautelar diversa, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0139518-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 296.672 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20140000276831 20498945720138260000

EM MESA

JULGADO: 06/11/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SARA RODRIGUES DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : SARA RODRIGUES DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DE CARVALHO DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : NILTON NUNES DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.