



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.585 - SP (2014/0137998-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA CECÍLIA REMOLI DE SOUZA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TAIS FERNANDA VITORELLI DE JESUS (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012, RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014, HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014, HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 104.339/SP**, ao considerar inconstitucional a vedação legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, concluiu ser possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

IV - No caso em tela, não houve a devida fundamentação apta a justificar a segregação cautelar, pois a r. decisão ora atacada limitou-se a afirmar ser incabível a concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, invocando, ainda, a gravidade genérica do delito.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para tornar definitiva a decisão liminar, revogando a prisão preventiva do paciente, salvo se por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou mesmo de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no 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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Jorge Mussi

Presidente

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.585 - SP (2014/0137998-1) RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de TAIS FERNANDA VITORELLI DE JESUS, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que a ora paciente foi presa em flagrante, pela prática, **em tese**, do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo** por meio do qual buscava a revogação da r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, tendo o **writ** sido denegado por unanimidade. Eis a ementa do v. acórdão:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - ILEGALIDADE DA PRISÃO NÃO DEMONSTRADA DE PLANO - PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA LIBERDADE PROVISÓRIA - ORDEM DENEGADA" (fl. 31).

Daí o presente **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, no qual aduz a impetrante a existência de constrangimento ilegal, consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação de sua segregação cautelar. Alega que *"a Lei 12.403/2011 não fez qualquer óbice à concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico"* (fl. 9). Sustenta, ademais, que suas condições pessoais seriam favoráveis.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva.

A em. Ministra **Laurita Vaz**, às fls. 80-84, **deferiu** a medida liminar, *"para relaxar a prisão da Paciente até a apreciação do mérito deste writ, se por outro motivo não estiver presa, com aplicação, entretanto, das medidas cautelares diversas da prisão"* (fl. 83).

As informações foram prestadas às fls. 46-73.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 101-107, opinou pela **denegação da ordem**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 296.585 - SP (2014/0137998-1)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012, RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014, HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014, HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 104.339/SP**, ao considerar inconstitucional a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedação legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, concluiu ser possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

IV - No caso em tela, não houve a devida fundamentação apta a justificar a segregação cautelar, pois a r. decisão ora atacada limitou-se a afirmar ser incabível a concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, invocando, ainda, a gravidade genérica do delito.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para tornar definitiva a decisão liminar, revogando a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou mesmo de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pretende o impetrante, em síntese, por meio do presente **habeas corpus**, o reconhecimento da ausência de fundamentação da r. decisão de primeira instância que decretou a prisão preventiva do ora paciente.

A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012, RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014, HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014, HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Acerca do tema, insta consignar, inicialmente, que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constitutiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

Ademais, ressalta-se que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 104.339/SP**, ao considerar inconstitucional a vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, concluiu ser possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

Eis a ementa do referido v. acórdão:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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" (HC n. 104.339/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/12/2012).*

Esse **entendimento**, inclusive, já fora perfilhado por esta **eg. Corte: RHC n. 46.634/SP, Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita vaz**, DJe de 2/9/2014; **RHC n. 47.200/MG, Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/9/2014.

No caso em tela, não houve a devida fundamentação apta a justificar a manutenção da segregação cautelar, pois a r. decisão ora atacada limitou-se a afirmar ser incabível a concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, invocando, ainda, a gravidade genérica do delito. É o que se extrai do seguinte excerto, **verbis**:

"TAIS FERNANDA VITORELLI DE JESUS E MARCOS SANTOS DE MORAIS foram autuados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, para o qual é incabível a liberdade provisória, pois é equiparado ao crime hediondo por afetar a camada jovem da população, principalmente os adolescentes, desestruturando famílias e provocando grande dano à saúde pública. Deve ser reprimido com eficiência e imediatamente, para coibir a proliferação do uso e o aumento da criminalidade. O traficante não se preocupa com o bem estar e a tranquilidade das pessoas, mas somente com o ganho fácil, motivo pelo qual não pode ser colocado em liberdade.

Isto posto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, ficando indeferido o pedido de liberdade provisória" (fl. 27).

Tais fundamentos foram reafirmados pelo eg. Tribunal de origem, conforme trecho do v. acórdão:

"A r. decisão de primeiro grau, que converteu a prisão em flagrante da paciente em prisão preventiva está, devidamente, motivada, com referência, em especial, a gravidade própria do crime em tela, do que decorre a necessidade da garantia da ordem pública.

Em relação à vedação legal à concessão do benefício da liberdade provisória, importa considerar que a declaração da inconstitucionalidade do art. 44, da Lei 11.343/06, ocorreu em sede de controle difuso e, ademais, no presente caso estão presentes os requisitos da prisão cautelar" (fl. 33).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, **não subsiste razão para que não se conceda liberdade provisória ao ora paciente**, uma vez que não demonstrado nos autos a indispensabilidade da medida constritiva para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta eg. Corte: AgRg no **HC** n. 277.266/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 22/8/2014; **RHC** n. 46.329/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014; **RHC** n. 42.474/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 22/8/2014.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício**, para tornar definitiva a decisão liminar, revogando a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou mesmo de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0137998-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 296.585 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00126576720148260071 126576720148260071 20798663820148260000

EM MESA

JULGADO: 07/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA CECÍLIA REMOLI DE SOUZA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TAIS FERNANDA VITORELLI DE JESUS (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 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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.