



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.985 - ES (2010/0169086-2)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
RECORRENTE : ALCENIR GURGEL (PRESO)
ADVOGADO : CLAUDIA BRITES VIEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PROCESSO PENAL. RHC. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/07. VEDAÇÃO EXPRESSA. LEI N.º 11.464/07. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CASO CONCRETO E CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM O REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. EXCESSO DE PRAZO NÃO CARACTERIZADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. A Lei n.º 11.343/2006 veda a concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas.

II. Em que pese o STF, nos autos do RE n.º 601.384/RS, ter se manifestado pela existência de repercussão geral, a constitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 ainda não foi dirimida, devendo prevalecer o entendimento consolidado no âmbito desta Quinta Turma até o julgamento final da matéria pelo Pretório Excelso. (Precedentes).

III. Esta orientação também está respaldada na atual jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

IV. Considerando que a Lei n.º 11.343/2006, legislação especial que rege a matéria, veda expressamente a concessão de liberdade provisória ao acusados pela prática do delito de tráfico de drogas e condutas afins, não se mostra plausível a tese de que tal dispositivo foi derogado tacitamente pela Lei n.º 11.464/2007.

V. Diante do referido óbice legal, não há que se falar em análise do caso concreto, tampouco em circunstâncias pessoais favoráveis à obtenção da benesse.

VI. O trancamento de ação penal por meio de *habeas corpus* é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

VII. A análise mais aprofundada do tema demandaria exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere.

VIII. O período de encerramento da instrução criminal, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade.

IX. Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal *a quo* verificou-se o andamento regular do feito, a que estão apensados outros dois processos.

X. Recurso ordinário desprovido, nos termos do voto do Relator.



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. "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.985 - ES (2010/0169086-2)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de recurso ordinário, impetrado por ALCENIR GURGEL, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Extraí-se dos autos que o recorrente foi denunciado e preso preventivamente pela suposta prática dos delitos tipificados nos art. 33, *caput* e 35, ambos da Lei nº 11.343/06.

Contra a decisão, o recorrente impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo* em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. GARANTIA À ORDEM PÚBLICA E INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. RAZOABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Provada a materialidade do crime por meio do auto de apreensão dos entorpecentes e do laudo de exame toxicológico, havendo indícios bastantes da autoria imputada ao paciente, a quem os adolescentes atribuíram a propriedade das drogas apreendidas, respaldados em outros depoimentos colhidos nos autos, deve ser mantida a respectiva prisão cautelar, como medida essencial à preservação da ordem pública e à ilustre da instrução criminal, conforme autoriza o artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. A prova indiciária (fumus commissi delicti) é suficiente para ensejar o provável envolvimento do paciente em organização criminosa voltada para o narcotráfico na pacata cidade interiorana, da qual seria um dos seus comandantes, utilizando-se inimputáveis para o transporte e a comercialização de drogas (mais especificamente crack, substância com poder destrutivo exacerbado), o que traduz elevada periculosidade, tornando necessária a segregação cautelar do acusado a bem da ordem pública (periculum libertatis), a fim de evitar maiores danos à sociedade. Precedentes do STF e STJ.

3. O excesso de prazo na persecução penal não resulta de simples operação aritmética, devendo ser aferido consoante as peculiaridades de cada caso (complexidade dos fatos investigados, quantidade de réus, postura da defesa, entre outros fatores), observados os limites da razoabilidade (...), tornando essencial a reprodução mais completa possível dos autos de origem.

4. De mais a mais, não se pode afirmar que o paciente estaria preso por prazo indeterminado, sem qualquer previsão de julgamento. Sua prisão preventiva teria sido efetivada em 17/12/2009, segundo a impetrante (sem comprovação nestes autos) e o processo originário tramita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regularmente, ao que parece, em prazo bastante razoável, pela extrema complexidade do caso (no qual estão envolvidos outros possíveis indiciados), com a designação da audiência de instrução e julgamento para data próxima (15/06/2010).

5. Ordem denegada." (fl. 86).

No presente recurso ordinário, o recorrente pleiteia a revogação da prisão preventiva, alegando que não se encontram presentes nenhum dos requisitos do art. 312 do Código Penal, bem como o trancamento da ação penal, tendo em vista a inexistência de provas da materialidade do crime. Requer, ao final, a expedição do competente alvará de soltura, por tais motivos, bem como pelo excesso de prazo na formação da culpa.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 137/140, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.985 - ES (2010/0169086-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de recurso ordinário, impetrado por ALCENIR GURGEL, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Extraí-se dos autos que o recorrente foi denunciado e preso preventivamente pela suposta prática dos delitos tipificados nos art. 33, *caput* e 35, ambos da Lei nº 11.343/06.

Contra a decisão, o recorrente impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, sob o fundamento da existência de indícios suficientes da materialidade e autoria dos delitos, bem como a necessidade de garantia da ordem pública e lisura da instrução criminal. Ao fim, asseverou que não há que se falar em excesso de prazo, pois o caso é complexo e tramita regularmente.

No presente recurso ordinário, o recorrente pleiteia a revogação da prisão preventiva, alegando que não se encontram presentes nenhum dos requisitos do art. 312 do Código Penal, bem como o trancamento da ação penal, tendo em vista a inexistência de provas da materialidade do crime. Requer, ao final, a expedição do competente alvará de soltura, por tais motivos, bem como pelo excesso de prazo na formação da culpa.

Os autos informam que o paciente foi preso denunciado e preso preventivamente pela prática do delito de tráfico de drogas e associação para o tráfico, tendo o Tribunal *a quo* mantido a segregação, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

"(...)

Ademais, a autoridade impetrada colacionou aos autos as declarações prestadas à autoridade policial pela Sra. Angelina Gil dos Santos, vulgo "Chanduca" (fls. 49/50), moradora local, revelando categoricamente que o seu filho Juliano dos Santos Júlio, vulgo "Tcholinha", bem assim o indiciado Rogério Gomes (presos em flagrante com seis pedras de crack, em outubro de 2009), adquiriam drogas do paciente para revendê-las. Disse a testemunha, inclusive, que o paciente teria assumido o controle do tráfico de drogas no Bairro Bela Vista, juntamente com um tal de "Zezé", utilizando constantemente menores para vendê-las, após a prisão de alguns dos principais traficantes locais. O seu filho (Juliano), embora tenha negado que vendesse drogas a mando do paciente, declarou que este adquire o crack em Vitória para comercializá-lo em Bela Vista, sendo o declarante um dos seus consumidores (fls. 47/48).

Os dois indivíduos acima citados respondem a uma outra ação penal na Comarca de origem (processo n. 038.09.004824-0).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse cenário, a meu ver, provada a materialidade do crime por meio do auto de apreensão dos entorpecentes e do laudo de exame toxicológico (ambos mencionados na denúncia, sem o traslado), havendo indícios bastantes da autoria imputada ao paciente, a quem os adolescentes atribuíram a propriedade das drogas apreendidas, respaldados em outros depoimentos colhidos nos autos, deve ser mantida a respectiva prisão cautelar, como medida essencial à preservação da ordem pública e a lisura da instrução criminal, conforme autoriza o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Daí por que o simples fato de não ter sido encontrada nenhuma droga na residência do paciente, por ocasião da busca domiciliar que objetivava apenas complementar as investigações policiais, em razão de denúncias anônimas recebidas pela Delegacia local (fls. 39/42 e 45/46), não afasta de plano as imputações lançadas contra o mesmo por tráfico ilícitos de entorpecentes e associação para o tráfico.

Com efeito, embora a impetrante tenha sonogado boa parte das peças de informação constantes dos autos originários, a prova indiciária acima mencionada (fumus commissi delicti) é suficiente para ensejar o provável envolvimento do paciente em organização criminosa voltada para o narcotráfico na pacata cidade interiorana, da qual seria um dos seus comandantes, utilizando-se inimputáveis para o transporte e a comercialização de drogas (mais especificamente crack, substância com poder destrutivo exacerbado), o que traduz elevada periculosidade, tornando necessária a segregação cautelar do acusado a bem da ordem pública (periculum libertatis), a fim de evitar maiores danos à sociedade.

Sobre o tema, considerando a gravidade concreta dos fatos delituosos, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, para além da vedação prevista no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 à concessão da liberdade provisória, 'a periculosidade do réu constitui motivo apto à decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública' (...)."

Como se vê, o Tribunal *a quo* justificou a manutenção da custódia cautelar do acusado por estarem presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, em especial a manutenção da ordem pública e o óbice à concessão de liberdade provisória àqueles que são presos cautelarmente pela prática de tráfico de drogas.

A despeito da análise da adequação dos fundamentos para a prisão preventiva do recorrente, verifica-se que a Lei n.º 11.343/2006 contém disposição expressa em seu art. 44, que veda a concessão de liberdade provisória nas hipóteses nela previstas, entre as quais os delitos que são imputados.

Neste aspecto, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, da relatoria do Exm.º Ministro Marco Aurélio, em que se discute a validade daquela cláusula proibitiva, manifestou-pela existência de repercussão geral da questão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional suscitada, em sessão realizada no dia 11/09/09.

Contudo, o Plenário daquela Corte ainda não analisou o mérito do recurso, devendo prevalecer o entendimento consolidado nesta Quinta Turma, até o julgamento final da matéria pelo Pretório Excelso.

Levando-se em consideração a existência de vedação expressa à concessão de liberdade provisória, este Colegiado Fracionário firmou entendimento no sentido da impossibilidade de concessão do benefício aos acusados pela prática do delito de tráfico de drogas, com esteio no art. 44 da Lei 11.343/2006.

Nesta linha de raciocínio, trago à colação os precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FLAGRANTE FORJADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE.

(...)

2. Não se descarta que o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada no Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – no qual se discute a validade da cláusula proibitiva de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Entretanto, a matéria em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não teve o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo, na jurisprudência dos Tribunais Pátrios, o entendimento de que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado."

(HC 139.544/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 23/08/2010)

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19.10.09. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PRISÃO REALIZADA NA RESIDÊNCIA DOS PACIENTES REJEITADA. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. CRIME PERMANENTE. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (27 PEDRAS DE CRACK). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DENEGADA A ORDEM.

(...)

3. A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07. Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos.

(...)

5. Parecer do MPF pela denegação do writ.

6. Habeas Corpus conhecido em parte e, nessa parte, denegada a ordem."

(HC 164.636/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL IMPETRADO. ENVOLVIMENTO DE DUAS MENORES. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

(...)

2. Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n.º 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem denegada."

(HC 145.797/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É de se registrar que este entendimento também está respaldado na atual jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO CAUTELAR. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA.

(...)

II - A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido da proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, que decorre da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal e da vedação legal prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

III - Ordem denegada."

(HC 103599, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 31/08/2010).

"HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. Ao contrário do que se afirma na petição inicial, a custódia cautelar do Paciente foi mantida com fundamento em outros elementos concretos, que apontam o risco concreto de fuga como circunstância suficiente para a manutenção da prisão processual. Precedentes.

5. Ordem denegada" (HC 99333, Relatora Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010)

Quanto à superveniência da Lei n.º 11.464/07 em nosso ordenamento jurídico, é certo que tal diploma legal alterou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos. Contudo, o art. 44 da Lei n.º 11.343/06 não foi derogado tacitamente por aquele diploma legal.

Feitas estas considerações e lastreado nos precedentes acima destacados, assim como nas razões apresentadas, entendo que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de drogas, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse pleiteada.

Cumpre, por fim, ressaltar que, diante do referido óbice legal não há que se falar em análise do caso concreto, tampouco em circunstâncias pessoais favoráveis à obtenção da benesse.

No que se refere ao trancamento da ação penal, a defesa insiste que não há indícios que demonstrem ser o paciente o autor dos delitos, sendo imprescindível tal comprovação para a instauração e seguimento da ação penal, requerendo seu trancamento.

Sobre a existência de tais indícios, o Tribunal de origem assim se manifestou, *verbis*:

"O paciente ALCENIR GURGEL, vulgo "CENI", foi denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 33, caput, e 35 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), porque dois adolescentes foram detidos por policiais, quando retornavam de Vitória para Nova Venécia, com a posse de considerável quantidade de entorpecentes (20 gramas de crack), os quais afirmaram que pertenceriam ao denunciado e seriam destinados à comercialização na Comarca de origem.

A advogada impetrante não havia promovido o traslado dos elementos probatórios que serviram de base para o oferecimento da denúncia (fls. 21/23) e a decretação da prisão preventiva do paciente, mediante representação da autoridade policial (fls. 15), o que inviabiliza a apreciação liminar das alegações deduzidas.

Sucedendo que o Juízo impetrado informou que as sobreditas declarações dos adolescentes apreendidos foram confirmadas judicialmente em outra ação penal e na representação que tramita perante a Vara da Infância e Juventude (fls. 56/57 e 60/61), quando um dos menores teria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirmado que levou uma surra do paciente, recentemente, pelo uso da droga que deveria ser destinada ao comércio (fls. 31).

Ademais, a autoridade impetrada colacionou aos autos as declarações prestadas à autoridade policial pela Sra. Angelina Gil dos Santos, vulgo "Chanduca" (fls. 49/50), moradora local, revelando categoricamente que o seu filho Juliano dos Santos Júlio, vulgo "Tcholinha", bem assim o indiciado Rogério Gomes (presos em flagrante com seis pedras de crack, em outubro de 2009), adquiriam drogas do paciente para revendê-las. Disse a testemunha, inclusive, que o paciente teria assumido o controle do tráfico de drogas no Bairro Bela Vista, juntamente com um tal de "Zezé", utilizando constantemente menores para vendê-las, após a prisão de alguns dos principais traficantes locais. O seu filho (Juliano), embora tenha negado que vendesse drogas a mando do paciente, declarou que este adquire o crack em Vitória para comercializá-lo em Bela Vista, sendo o declarante um dos seus consumidores (fls. 47/48).

Os dois indivíduos acima citados respondem a uma outra ação penal na Comarca de origem (processo n. 038.09.004824-0).

Nesse cenário, a meu ver, provada a materialidade do crime por meio do auto de apreensão dos entorpecentes e do laudo de exame toxicológico (ambos mencionados na denúncia, sem o traslado), havendo indícios bastantes da autoria imputada ao paciente, (...).

Daí por que o simples fato de não ter sido encontrada nenhuma droga na residência do paciente, por ocasião da busca domiciliar que objetivava apenas complementar as investigações policiais, em razão de denúncias anônimas recebidas pela Delegacia local (fls. 39/42 e 45/46), não afasta de plano as imputações lançadas contra o mesmo por tráfico ilícitos de entorpecentes e associação para o tráfico.

*Com efeito, embora a impetrante tenha sonogado boa parte das peças de informação constantes dos autos originários, **a prova indiciária acima mencionada (fumus commissi delicti) é suficiente para ensejar o provável envolvimento do paciente em organização criminosa voltada para o narcotráfico na pacata cidade interiorana**, da qual seria um dos seus comandantes, utilizando-se inimputáveis para o transporte e a comercialização de drogas (...).* - grifei.

Logo, mister se faz reconhecer que a ausência de justa causa não restou nítida. Ao contrário, o acórdão *a quo* apresenta fundamentação suficiente para o seguimento da ação.

Ademais, o trancamento de ação penal por meio de *habeas corpus* é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. Tal não ocorre na presente hipótese.

Como cediço, o reexame do conjunto fático-probatório é vedado na via do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para trancar a ação penal, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado.

A propósito, trago à colação os seguintes arestos deste Tribunal:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE SATISFAZ OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM O REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RÉU FORAGIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

II. Não há falar em inépcia da denúncia se a peça acusatória satisfaz todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, possibilitando a elucidação dos fatos delituosos descritos à luz do contraditório e da ampla defesa.

III. A análise mais aprofundada do tema demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere.

IV. Prisão preventiva que somente foi decretada quando já haviam sido frustradas as tentativas de localização do réu levadas a efeito pela polícia, decorrentes de medida cautelar, na qual foi determinada a quebra do sigilo telefônico dos acusados.

V. Mandado de prisão que apenas foi cumprido quando da prisão em flagrante do paciente pela prática do delito de estelionato, meses após do decreto prisional emanado dos autos.

VI. A situação de foragido da justiça revela a intenção do paciente de frustrar a aplicação da lei penal, o que é suficiente para impedir a revogação de sua custódia preventiva, tendo tomado as medidas cabíveis na tentativa de resguardar a instrução criminal (Precedentes).

VII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 167654/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 13/12/2010). - grifei.

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ALIENAÇÃO FRAUDULENTA DE COISA PRÓPRIA (ARTIGO 171, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA NA VIA ESTREITA DO WRIT. DESCABIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não evidenciadas na hipótese em exame.

2. Na hipótese dos autos, o recorrente foi denunciado pela suposta prática de estelionato porque teria alienado bem que sabia estar penhorado em execução contra si ajuizada.

3. Enquanto o recorrente defende a atipicidade da conduta, e a Subprocuradoria-Geral da República vislumbra a possibilidade de fraude à execução, o Ministério Público Sul-mato-grossense entendeu estar presente o delito de alienação fraudulenta de coisa própria.

4. Há divergência acerca da possibilidade de a penhora classificar-se entre as hipóteses de garantia ou ônus de que trata o inciso II do § 2º do artigo 171 do Código Penal.

5. O só fato de haver controvérsia no tocante ao enquadramento legal do crime que teria sido praticado pelo recorrente impossibilita a concessão da ordem para obstar o curso da ação penal contra ele instaurada.

6. Consoante o enunciado 438 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, "é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

7. Também não restou ultimada a prescrição pela pena em abstrato, uma vez que não transcorreu o lapso de 12 anos - prazo prescricional do delito de estelionato, cuja pena máxima é de 5 anos - entre a data em que o fato teria sido praticado (19.06.2000), e o recebimento da denúncia (30.05.2007).

8. Recurso improvido." (RHC 24394/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJ de 09/08/2010).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E DUPLICADA SIMULADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANÁLISE PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESPACHO ORDINATÓRIO. EMISSÃO DE CHEQUE PARA GARANTIR DÍVIDA. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O exame de matéria que importa valoração do contexto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, é inviável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em sede de habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional marcado por cognição sumária e rito célere.

2. O trancamento da ação penal ou do inquérito policial em habeas corpus justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade. Precedentes do STJ.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, como regra, é dispensável a fundamentação quando do recebimento da denúncia, porquanto tal provimento jurisdicional é classificado como despacho meramente ordinatório, que não se submete ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

4. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que não se amolda à figura típica prevista no art. 171, § 2º, VI, do Código Penal a conduta de emissão de cheque dado como garantia de dívida.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para trancar a Ação Penal 0223.02.094969-7 no tocante ao delito previsto no art. 171, § 2º, VI, do Código Penal." (RHC 18475/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 31/08/2009). - grifei.

Por fim, quanto ao alegado excesso de prazo a Corte de origem assim entendeu, *verbis*:

"De mais a mais, não se pode afirmar que o paciente estaria preso por prazo indeterminado, sem qualquer previsão de julgamento. Sua prisão preventiva teria sido efetivada em 17 de dezembro de 2009, segundo a impetrante (sem comprovação nestes autos) e o processo originário tramita regularmente, ao que parece, em prazo bastante razoável, pela extrema complexidade do caso (no qual estão envolvidos outros possíveis indiciados), com a designação da audiência de instrução e julgamento para data próxima (15 de junho de 2010)." (fl. 90).

De acordo com o trecho do voto transcrito, o alegado atraso na tramitação processual decorreu também da atuação da defesa, além da complexidade do caso, em que se encontram envolvidos outros possíveis indiciados. Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, verificou-se que o feito vem tramitando regularmente.

Neste contexto, consoante reiterado na jurisprudência desta Corte, o período de encerramento da instrução criminal, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade.

Assim, a concessão de *habeas corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação a) seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; b) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal; ou c) implique ofensa ao princípio da razoabilidade.

Desse modo, conforme consta do acórdão *a quo*, a instrução criminal vem se desenvolvendo em ritmo compatível com a sua natureza, sendo certo que o prazo legalmente estabelecido para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada, o que não se vislumbra na presente hipótese. Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA JULGAMENTO DO FEITO. RAZOABILIDADE. FEITO COMPLEXO. PRISÃO PREVENTIVA. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. FALTA DE PEÇA.

I - Não há que se falar em constrangimento ilegal em razão de excesso de prazo para o julgamento do feito, tendo em vista sua complexidade, que contou com citações e intimações por edital, quebra de sigilos telefônicos e expedição de cartas precatórias, além de ter sido composto por inúmeros réus (oito) patrocinados por advogados distintos que, por sua vez, provocaram diversos incidentes no processo (Precedentes).

II - Na hipótese, muito embora o paciente esteja preso desde 17/03/2007, a instrução criminal já se encerrou e os autos se encontravam conclusos para julgamento em 06/05/2009, sendo, no entanto, avocados no dia 22/09/2009, em razão de mutirão carcerário.

III - O habeas corpus deve ser instruído com as peças indispensáveis à compreensão da controvérsia (HC 84507/ES, 5ª Turma, Rel. Minª. Jane Silva Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 05/11/2007; HC 75.637/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/06/2007), capazes, assim, de evidenciar a pretensão perquerida (HC 79.650/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 08/10/2007), bem como a veracidade do alegado.

IV - Tal providência, mormente nas hipóteses em que o paciente é assistido por advogado, constitui ônus da defesa (HC 92.815/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJU de 11/04/2008), do qual somente desincumbe-se diante de justificativa plausível para tanto. Caso contrário, o habeas corpus não poderá ser conhecido diante da impossibilidade de confirmação da efetiva ocorrência de constrangimento ilegal (HC 91.755, Primeira Turma, Rel. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 23/11/2007; HC 91.399/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 11/10/2007).

V - Na espécie, conforme se verifica, os autos não vieram instruídos com a cópia do r. decreto preventivo que, na hipótese, se apresenta como peça indispensável à compreensão da controvérsia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado." (HC 138.003/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 22/02/2010)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DE RELATOR QUE INDEFERE LIMINAR. CONHECIMENTO. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. EXCESSO DE PRAZO. FEITO COMPLEXO, QUE CONTA COM DIVERSOS ACUSADOS. AÇÃO QUE SEGUE CURSO REGULAR. INSTRUÇÃO ENCERRADA. PROCESSO EM VIAS DE JULGAMENTO.

1. O entendimento adotado nos Tribunais Superiores é no sentido de não se admitir habeas corpus contra decisão indeferitória de liminar proferida em outro writ no Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Ressalte-se ser possível seu conhecimento somente em casos excepcionais, em que o indeferimento se apresenta teratológico ou totalmente carente de fundamentação, o que não se vislumbra na hipótese em exame.

3. De acordo com a orientação doutrinária e jurisprudencial, a configuração de excesso de prazo na instrução não decorre de soma aritmética de prazos legais. A questão deve ser aferida segundo critérios de razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades do caso.

4. Na hipótese presente, a ação penal envolve multiplicidade de envolvidos, presos em diferentes comarcas, fazendo-se necessária a expedição de diversas cartas precatórias, o que enseja uma maior delonga processual.

5. Além disso, o processo tramita regularmente, não se podendo atribuir a demora ao Magistrado. Ao contrário, a partir das informações obtidas, tem-se que o feito está em vias de julgamento, inclusive, em regime de mutirão.

6. *Ordem não conhecida.*" (HC 137.573/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 26/10/2009)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0169086-2

RHC 28.985 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 100100010410

EM MESA

JULGADO: 07/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALCENIR GURGEL (PRESO)

ADVOGADO : CLAUDIA BRITES VIEIRA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.