



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.851 - SP (2013/0184604-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ROBERTO PEZZOTTI CHEFER
ADVOGADO : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL NOBRE BATISTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A CUSTÓDIA ANTECIPADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DADOS CONCRETOS DOS AUTOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DE DROGA. GRAVIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no sentido de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. 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. No caso, a prisão provisória foi mantida para garantia da ordem pública, com base em dados concretos dos autos, em especial na gravidade da conduta praticada, haja vista o paciente ter sido preso em flagrante com cerca de 20 (vinte) porções de cocaína, pesando 34g (trinta e quatro gramas) que foram dispensadas no momento da abordagem, além de confessar que já havia vendido outras 6 (seis) porções.

3. Habeas corpus 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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.851 - SP (2013/0184604-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Michel Nobre Batista – preso em flagrante no dia 27/1/2013 e denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 –, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

A defesa impetrou **habeas corpus** na Corte estadual pleiteando a liberdade provisória, ao argumento de que o "paciente é primário, de bons antecedentes, tem residência fixa e ocupação lícita, e em liberdade não causará perigo à sociedade, ausentes, portanto, os motivos que ensejem a prisão preventiva" (fls. 61/62). O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem e o acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 61):

"Habeas Corpus" – Tráfico de entorpecentes – Liberdade provisória – Persistência dos motivos que ensejaram a custódia cautelar – Constrangimento ilegal – Inocorrência – Ordem denegada.

O impetrante alega que a prisão cautelar foi mantida com base em argumentos genéricos alusivos à gravidade abstrata do delito, notadamente diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória e a expedição do alvará de soltura.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 51/52.

As informações foram prestadas às fls. 60/64, 71/72 e 74/89.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, mediante termo de comparecimento do paciente a todos os atos do processo (fls. 126/128).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.851 - SP (2013/0184604-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso, cumpre esclarecer que o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça era, efetivamente, no sentido de que o óbice legal previsto no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 seria suficiente para a manutenção da prisão cautelar, uma vez que a impossibilidade trazida pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLIII, de concessão de fiança aos crimes hediondos e equiparados autorizava o indeferimento do benefício de liberdade provisória.

Em síntese, tratando-se de crime equiparado a hediondo, previsto na Lei n.º 11.343/2006, a prisão cautelar era a regra, sem nenhuma nuance de ilegalidade, regra que poderia ser afastada excepcionalmente pelo julgador, no caso concreto, quando evidenciada situação de desnecessidade da medida extrema.

Entretanto, em recente julgamento – **Habeas Corpus** n.º 104.339, Relator o Ministro Gilmar Mendes, sessão de 10 de maio de 2012 –, 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. Na oportunidade, entendeu o Ministro Relator que a mencionada norma, ao afastar a liberdade provisória de forma genérica, retirava do magistrado a possibilidade de, no caso concreto, "analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais".

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória, devem ser observados para a manutenção da prisão cautelar nos crimes de tráfico, os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal.

No caso, o Magistrado de primeiro grau homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva do paciente, apontando a seguinte fundamentação (fl. 37):

Bem verificadas as circunstâncias do caso concreto, estão presentes os requisitos legais para a conversão da prisão preventiva do indiciado.

Com efeito, a materialidade do delito restou comprovada pelo laudo de constatação, valendo salientar que houve relatos testemunhais de que foram localizadas 20 (vinte) porções de cocaína com o indiciado, que as dispensou quando da abordagem policial, tendo ele confessado o tráfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal impetrado, por sua vez, denegou a ordem originária, aduzindo para tanto os seguintes motivos (fls. 87/89):

Conforme peças constantes na presente impetração, o paciente está sendo processado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Apurou-se que, em 27 de janeiro de 2013, policiais militares em patrulhamento de rotina avistaram o paciente em atitude suspeita, que ao perceber a aproximação da viatura, jogou algo no chão e saiu correndo. O paciente foi capturado e abordado, tendo sido encontrado em seu poder R\$63,00. No local onde teria desfeito de algo que portava, constatou-se tratar de 20 "ependorf" de substância entorpecente semelhante à cocaína.

Indagado, o paciente confirmou tratar-se de cocaína, afirmando que já havia vendido seis porções dela, e que o dinheiro apreendido era proveniente das vendas.

Pelo acima exposto, impossível, ao meu juízo, abstrair a gravidade da ação, notadamente quando se cuida da ocorrência de delito que traz grande desassossego à sociedade, revelando-se, portanto, necessária a manutenção da medida constritiva.

Neste caso, a eventual primariedade cede à necessidade da manutenção da custódia cautelar. Não se pode afirmar que sua prisão viola princípio constitucional, pois é possível reconhecer que, havendo sério e grave fato a indicar a sua necessidade, é ela facultada pela Constituição Brasileira, não afrontando, assim, qualquer norma jurídica ou entendimento jurisprudencial.

Como visto, há motivo próprio que determina a manutenção da prisão, já que se trata de delito equiparado a hediondo e a ação de traficante põe em risco a coletividade.

Ressalto trecho de julgamento ocorrido no Colendo Supremo Tribunal Federal, onde se decidiu:

"(...) O plenário desta corte, no julgamento do habeas corpus 104.339/SP, decidiu pela inconstitucionalidade da vedação abstrata à concessão de liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas, invalidando parcialmente a provisão da espécie contida no art. 44 da lei nº 11.343/2006. Não obstante, a corte também ressalvou a possibilidade da decretação da prisão cautelar em processos por crimes de tráfico de drogas. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento profundo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. Habeas corpus prejudicado" (HC 103206/MG-MINAS GERAIS- Relator Min. ROSA WEBER, Julgamento: 12/06/2012 - Órgão Julgador: Primeira Turma).

Desta maneira, conclui-se que a Corte Constitucional estabeleceu a viabilidade da prisão cautelar em casos de tráfico de drogas, havendo interesse público.

Não se pode negar que, neste caso, incide esta hipótese, pois é patente o interesse público na manutenção da prisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao contrário do que se sustenta, não se verifica qualquer mácula na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, bastando uma atenta leitura no decisum para se constatar que o Magistrado mencionou aptos e suficientes motivos para justificar a medida (fls. 29/31).

Destarte, não vislumbro qualquer ato que esteja causando constrangimento ilegal ao paciente.

Em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, entendo que a prisão provisória foi mantida para garantia da ordem pública, com base em dados concretos dos autos, em especial na gravidade da conduta praticada, haja vista o paciente ter sido preso em flagrante com cerca de 20 (vinte) porções de cocaína, pesando 34g (trinta e quatro gramas) que foram dispensadas no momento da abordagem, além de confessar que já havia vendido outras 6 (seis) porções (fls. 37 e 87).

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PACIENTE REINCIDENTE E COM DIVERSAS PASSAGENS DELITIVAS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

[...]

4. Justifica-se a constrição cautelar para assegurar a ordem pública quando a paciente é acusada, com base em sua FAC, de estar a serviço do comércio ilícito de entorpecentes, tudo a revelar a presença de periculosidade social justificadora da segregação cautelar.

5. A quantidade de droga constitui elemento fático determinante na avaliação da necessidade da prisão cautelar, notadamente para assegurar a ordem pública, como na espécie, em que foram apreendidos em poder da paciente 22 invólucros contendo aproximadamente 7,20 g de cocaína, e 1 invólucro contendo 015 g de crack, o que se mostra suficiente, por si só, para justificar a custódia antecipada.

6. Impetração não conhecida.

(HC n. 249.782/MG, Relator o Ministro **Og Fernandes**, DJe 01/07/2013)

B - HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 14.09.10. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ART. 5º., XLIII DA CF/88. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUALIDADE DA DROGA (265 GRAMAS DE MACONHA). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...].

3. Ademais, no caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a qualidade do entorpecente apreendido (265 gramas de maconha).

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC n. 187.584/RS, Relator Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe 12/05/2011)

Assim, tenho como patente a necessidade de preservação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias, a fim de justificar a segregação preventiva, deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do **writ**, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0184604-8

HC 271.851 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012444420138260604 0039274202013 0039274202013826000 12444420138260604
1322013 14682013 39274202013 39274202013826000

EM MESA

JULGADO: 19/09/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROBERTO PEZZOTTI CHEFER
ADVOGADO : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL NOBRE BATISTA (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."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.