



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.435 - DF (2012/0178212-1)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ALESSANDRA TAINARA SOUZA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE: 1,92 G DE MASSA LÍQUIDA DE COCAÍNA E 0,62 G DE MASSA LÍQUIDA DE MACONHA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, consoante atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. No julgamento do HC n. 104.339/SP, em 10/5/2012, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

3. As instâncias ordinárias não indicaram fatos concretos aptos a justificar a segregação cautelar da paciente, estando as decisões fundamentadas simplesmente na gravidade abstrata do crime, o que configura nítido constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para deferir a liberdade provisória à paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, expedir ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 07 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.435 - DF (2012/0178212-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em benefício de **Alessandra Tainara Souza da Silva**, apontando-se como órgão coator o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante, no dia 9/5/2012, pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois trazia consigo 1,92 g de massa líquida de cocaína e 0,62 g de massa líquida de maconha.

Após a conversão da prisão em flagrante em preventiva, impetrou-se *habeas corpus* no Tribunal de origem, com vistas à concessão de liberdade provisória (HC n. 201200201152687). A ordem foi denegada (fls. 8/18):

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA - LIBERDADE PROVISÓRIA - VEDAÇÃO LEGAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - ORDEM DENEGADA.

1. A paciente foi presa em flagrante delito pela suposta prática do crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n.º 11.343/2006.

2. Depreende-se dos autos que a paciente encontrava-se, juntamente com outra comparsa, comercializando drogas, ocasião em que foram abordadas pelas autoridades policiais que, em revista, traziam consigo: 1,92g (uma grama e noventa e dois centigramas) de massa líquida de cocaína e 0,62g (sessenta e dois centigramas) de massa líquida de maconha, conforme Laudo de Perícia Criminal - Exame Químico.

3. É firme a orientação jurisprudencial no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes.

4. Inadequada, na espécie, qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

5. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, não se verifica o alegado constrangimento ilegal na manutenção da prisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem denegada.

No presente *writ*, o impetrante sustenta que não há fundamentação idônea para amparar a custódia cautelar e requer a concessão de liberdade provisória à paciente.

Prestadas as informações (fls. 36/84), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para que se reconheça, em tese, o direito à liberdade provisória, devendo a matéria ser concretamente analisada pelo Juízo de primeira instância (fls. 87/99):

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PRISÃO EM FLAGRANTE POSTERIORMENTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. WRIT QUE BUSCA A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA À ACUSADA. FAVOR LEGAL QUE PODE SER DEFERIDO, EM TESE, A AUTORES DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS PRATICADOS DEPOIS DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.343/06. NOVA EXEGESE SUFRAGADA PELO STF, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC 104.339/SP, QUANDO FOI AFIRMADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "E LIBERDADE PROVISÓRIA" CONSTATANTE DO CAPUT DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. PARECER PELO CONHECIMENTO DO MANDAMUS E PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM POSTULADA, APENAS, PARA QUE SEJA RECONHECIDO, EM TESE, O DIREITO À OUTORGA DA LIBERDADE PROVISÓRIA À PACIENTE, DEVENDO A MATÉRIA SER CONCRETAMENTE ANALISADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, À LUZ DOS ARTS. 312 E 321, AMBOS DO CPP.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.435 - DF (2012/0178212-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Preliminarmente, é de se salientar que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990.

Esse é o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, salvo em situações excepcionais, isto é, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação que, se verificada de plano, poderá ensejar a concessão de ofício da ordem de *habeas corpus*.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012; e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011.

Na espécie, considero presente tal excepcionalidade.

O Juízo de primeiro grau, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, assentou que (fls. 57/62 – grifo nosso):

[...] Por conseguinte, não sendo o caso de relaxamento da prisão ilegal (art. 310, I, CPP 8), passa-se a apreciar a possibilidade de concessão de liberdade provisória, acompanhada ou não de outras medidas cautelares (art. 310, III, CPP), ou a decretação da prisão preventiva (art. 310, II, CPP).

No caso em tela, **entendo necessária a conversão das prisões em flagrante em preventiva das autuadas, para garantia da ordem pública.**

[...] **A gravidade das condutas imputadas às indiciadas, tráfico de drogas**, autorizam as custódias antecipadas, motivada pela garantia da ordem pública, **sobretudo em razão da gravidade das condutas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supostamente praticadas pelas indiciadas.

A materialidade delitiva está estampada nos laudos de exame preliminar em material, contendo, ainda, os autos de inquérito elementos a demonstrar que as autuadas estariam envolvidas com o tráfico ilícito de entorpecentes no DF.

Cumpre salientar que **as condutas delituosas** praticadas pelas indiciadas **inserem-se dentre aquelas que causam maior temor à sociedade, ocasionando grande repercussão pela gravidade dos fatos, constituindo mesmo uma das atividades delitivas que com maior frequência aterrorizam o meio social, causando enorme clamor público.**

Ademais, entendo serem inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319, do CPP.

Isto porque, conforme já explanado, o delito de tráfico de drogas possui pena máxima superior a 04 (quatro) anos de reclusão - portanto possui autorização para a aplicação da medida constritiva mais gravosa, nos termos do art. 313, inc. I do CPP - **e é daqueles em que suas ações repercutem imensamente no âmbito social, uma vez que é precursor de diversos outros crimes, cometidos, por vezes, inclusive, com violência e grave ameaça.**

[...] Conquanto louvável o posicionamento adotado pelo TJDF e Superior Tribunal de Justiça, este juízo entende que a Lei n.º 11.464/07 alterou a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), permitindo a concessão de liberdade provisória aos acusados de crimes hediondos e assemelhados, pois apesar de a Lei Antitóxicos ser especial em relação à Lei de Crimes Hediondos, ambas regulam a mesma situação jurídica, liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, de forma que se a lei nova, mesmo geral, não reproduziu o dispositivo particular da anterior (art. 44 da Lei n.º 11.343/07), ou, ainda, não excluiu de sua incidência o tráfico ilícito de entorpecentes, é de considera-se que o artigo 44 da Lei Antitóxicos foi ab-rogado tacitamente.

No entanto, in casu, não haveria como conceder-se o mencionado benefício haja vista a presença dos pressupostos (art. 312, "in fine", do CPP) e do fundamento (art. 312, primeira parte, do CPP) autorizador da prisão cautelar, qual seja, garantia da ordem pública, bem como as condições de admissibilidade (art. 313 do CPP) da prisão cautelar [...]

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao julgar o *writ* ali impetrado, assim firmou (fls. 8/18):

[...] O "fumus commissi delicti" resta demonstrado pelo Auto de Prisão em Flagrante, segundo o qual agentes de polícia, que estavam em diligência, presenciaram a venda de substância entorpecente feita pela paciente a um usuário, momento em que abordaram os envolvidos, encontrando drogas e dinheiro, culminando na prisão em flagrante da autuada.

O "periculum libertatis", por sua vez, também se revela presente, haja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista que a difusão ilícita da droga causa danos à saúde pública, além de a conduta configurar crime hediondo.

[...] Com relação ao primeiro requisito, consistente na prova da existência do crime e nos indícios de autoria, tem-se como devidamente configurados os pressupostos da custódia cautelar, conforme se depreende do Auto de Prisão em Flagrante. A materialidade delitiva está estampada pela droga apreendida, contendo, ainda, os autos elementos a evidenciar que a autuado estaria envolvida com o tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 26/27).

Quanto ao segundo requisito, crê-se que, embora se alegue que o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 não seria óbice intransponível à concessão da liberdade provisória, certo é que, presente qualquer dos requisitos do art. 312 do CPP, a prisão é medida que se impõe.

[...] Com efeito, a concessão da ordem de soltura representaria riscos à coletividade, sendo imperiosa sua custódia cautelar. O crime imputado à ora paciente, aliado às circunstâncias em que foi flagrada, indiciam a periculosidade da agente e recomendam a manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem e saúde públicas.

Por oportuno, saliento que comungo do entendimento recorrente nesta Corte de Justiça, segundo o qual a prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes implica vedação de liberdade provisória.

Portanto, por ora, justifica-se o encarceramento do paciente pelo menos em nome da conveniência da instrução e garantia da ordem pública, conforme dogmática do art. 312 do Código de Processo Penal.

[...] Nesta assentada, acrescento ainda como razões de decidir, que o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a possibilidade de concessão de liberdade provisória. Neste sentido o entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça bem como desta eg. Corte de Justiça [...]

Por fim, ressalto que, diante da natureza do crime imputado à paciente e das circunstâncias em que foi praticado, não se vislumbra a adequação de outras medidas cautelares, pois, em se tratando de prisão por necessidade de se garantir a ordem pública, nenhuma das medidas arroladas no artigo 319 do Código de Processo Penal se mostra suficiente e eficaz, apresentando-se a prisão como medida necessária. [...]

Percebe-se que o acórdão impugnado utilizou como um dos fundamentos para a não concessão da ordem ali pleiteada a vedação legal à liberdade provisória contida na Lei 11.343/2006. Ocorre que, no julgamento do HC n. 104.339/SP, em 10/5/2012, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes, devem ser observados os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, que subordinam a medida excepcional ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*, senão vejamos:

[...] 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 104.339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665, de 7 a 11/5/2012, daquela Corte.

2. Necessidade de demonstração da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, com a utilização de dados concretos.

3. Situação em que as instâncias ordinárias não trouxeram nenhum elemento concreto que demonstrasse o preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. A manutenção da custódia está calcada apenas na gravidade abstrata do crime e no seu caráter hediondo, bem assim na existência de indícios da autoria delitiva.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo prisão por outro motivo ou superveniência de fatos novos e concretos que autorizem a sua decretação, podendo o Juízo de primeiro grau impor-lhe medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, ficando ratificada a liminar deferida.

(HC n. 234.354/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 6/8/2012)

Superado esse ponto, tem-se, portanto, que a prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias concretas que demonstrem a necessidade da medida extrema.

No entanto, verifica-se que as instâncias ordinárias, *in casu*, não indicaram fatos concretos aptos a justificar a segregação cautelar da paciente, estando as decisões, como visto acima, fundamentadas simplesmente na gravidade abstrata do crime, o que configura nítido constrangimento ilegal.

Ora, a Sexta Turma tem reiteradamente decidido que a prisão cautelar, assim entendida como aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com fundamentação explícita e concreta, a necessidade da rigorosa providência (HC n. 225.289/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 29/6/2012).

No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 3. A prisão preventiva, portanto, não tem natureza da antecipação de pena, mas se trata, como já se disse, de medida de natureza processual, que não dispensa o preenchimento de seus pressupostos legais, traduzidos por intermédio de fundamentação idônea, calcada em elementos concretos. [...]

(HC n. 245.908/MG, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 22/8/2012)

[...] 3. Hipótese em que a decisão de primeiro grau, corroborada pelo Tribunal a quo no writ originário, não apresentou argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar da ora Paciente, pois, apesar de afirmar a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, restando esta amparada, tão somente, na gravidade abstrata do delito e no seu caráter hediondo. [...]

(HC n. 239.550/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/9/2012)

Ante o exposto, **não conheço** da impetração, mas **concedo** a ordem **de ofício**, para deferir à paciente a liberdade provisória nos autos da Ação Penal n. 2012.01.1.067655-6, em trâmite na 2ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, se por outro motivo não estiver presa e ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão, caso se apresente motivo concreto para tanto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0178212-1

HC 252.435 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120020152687 3402012

EM MESA

JULGADO: 07/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: ALESSANDRA TAINARA SOUZA DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.