



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.873 - DF (2012/0101830-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : NAIARA ALVES CARDOSO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– No caso, a custódia cautelar se mostra necessária para o resguardo da ordem pública tendo em vista a gravidade concreta do delito em tese cometido, pois a disseminação do tráfico ilícito de entorpecentes no interior dos presídios, representa afronta direta a autoridade estatal e, consequentemente, intranquilidade ao meio social.

Habeas corpus não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Campos Marques (Desembargador convocado do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília, 21 de fevereiro de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.873 - DF (2012/0101830-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : NAIARA ALVES CARDOSO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em benefício de NAIARA ALVES CARDOSO, presa cautelarmente e denunciada pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que ao denegar o *writ* impetrado em favor da paciente, manteve sua prisão preventiva, em decisão, assim, ementada:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL - ARTIGO 33 C/C O ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

I. A decretação da prisão preventiva deve estar fundamentada em fatos concretos, hábeis a justificar a excepcionalidade da medida. A vedação legal de liberdade provisória veiculada no art. 44 da Lei 11.343/06 deve ser vista com reservas. Entendimento da Relatora.

II. A difusão de drogas em presídios aumenta a criminalidade. Não é desconhecido que presos barganham favores e transformam entorpecentes em moeda de negociação.

III. A manutenção da cautelar não se mostra incompatível com eventual pena a ser aplicada no caso de condenação. Em princípio, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos não pode ser concedida. Não pela vedação do artigo 44 da Lei de Drogas, que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Mas por não ser socialmente recomendável.

IV. Medidas cautelares diversas à constrição corporal implicam resposta muito aquém da necessária para resguardar os bens jurídicos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afrontados com a prática delitiva.

V. Ordem denegada. (fl. 23)

No presente *mandamus*, sustentam os impetrantes a possibilidade de concessão da liberdade provisória ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Logo, ausente fundamentos concretos para a prisão cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, uma vez que se trata de ré primária, com residência fixa, que não participa de organização criminosa e não agiu com desígnio de traficância, pugnam pela concessão da ordem.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem (fls. 61-67).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.873 - DF (2012/0101830-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso ordinário.

Por outro lado, importa consignar **não** ser o caso de concessão da ordem **de ofício**, pois ausente manifesta ilegalidade. A decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva trouxe elementos concretos aptos a justificar a segregação antecipada. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade concreta do delito em tese cometido - tentativa pela paciente de introduzir no presídio, 94,42g de "maconha", acondicionadas em um plástico em sua cavidade vaginal - evidenciam a audácia da paciente e a afronta direta à autoridade estatal, recomendando maior reprovação da tutela penal e consequentemente a manutenção da prisão preventiva com objetivo de garantir a ordem pública.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

1. 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, que subordinam a medida excepcional ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*.

2. **No caso, a custódia foi mantida com base na gravidade concreta do crime, evidenciada pela quantidade e variedade de droga apreendida com o paciente - 37 (trinta e sete) pedras de substância análoga ao crack, 3 (três) porções consideráveis de substância esverdeada semelhante a maconha e R\$ 60,00 (sessenta reais) em dinheiro -, denotando a sua periculosidade, o que atrai a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, em virtude da necessidade de preservar-se a ordem pública.**

3. Habeas corpus denegado. (HC 245.238/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 19-9-2012).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. RECURSO MINISTERIAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 44, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006 E AO ART. 312, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUGA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO PROVIDO.

1. **O Recorrido foi preso em flagrante delito como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no dia 20 de novembro de 2009, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, por ter em depósito e guardar, para fins de traficância, 06 (seis) pedras de crack, 47 (quarenta e sete) buchas de maconha e 01 (um) peteca grande de cocaína.**

2. **A quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do Recorrido demonstra sua periculosidade e justifica a manutenção da**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

custódia cautelar com base na garantia da ordem pública. Ademais, após ser beneficiado com a liberdade provisória o acusado nunca mais compareceu aos autos, fato que é suficiente para a decretação da prisão preventiva, tanto pela conveniência da instrução criminal como para garantia da aplicação da lei penal. Violação ao art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Ademais, há no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 vedação expressa da liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico de drogas, considerada válida em precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso provido. (REsp n. 1.225.394/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27-4-2012).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0101830-3

HC 242.873 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120020074285 20120110402573

EM MESA

JULGADO: 21/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : NAIARA ALVES CARDOSO

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 Laurita Vaz, Jorge Mussi e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.