



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.310 - SP (2012/0097621-3)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : LEANDRO LUNARDO BENIZ
ADVOGADO : LEANDRO LUNARDO BENIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODOLFO REGULY (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. VEDAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência tem refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente. Assim, verificada hipótese de dedução de *mandamus* em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, cumprindo-se ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

2. É despido de fundamentação a decisão que determina a constrição cautelar calcada na gravidade abstrata do delito e na vedação legal contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente, se por outro motivo não estiver preso, facultando ao magistrado de primeiro grau que, verificadas as circunstâncias do caso, aplique alguma das medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do CPP. Estendido os efeitos ao corréu Evanilson Geremias.

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*, expedindo, contudo, ordem de ofício, com extensão dos efeitos ao corréu Evanilson Geremias, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 18 de abril de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.310 - SP (2012/0097621-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Rodolfo Reguly, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente, preso em flagrante, foi acusado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, c/c o art. 29 do Código Penal, tendo a constrição sido convertida em preventiva.

Pleiteou, perante o Tribunal de origem, a revogação da custódia cautelar, tendo a ordem sido indeferida nos termos desta ementa (e-fl. 32):

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - INADMISSIBILIDADE - REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR PRESENTES - DECISÃO SUFICIENTEMENTE MOTIVADA - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 44, DA LEI 11.343/2006 - EXPRESSA VEDAÇÃO NO ART. 5º, XLIII, DA CF - ANDAMENTO PROCESSUAL REGULAR - ORDEM DENEGADA.

Daí o presente *writ* substitutivo, por meio do qual afirma o impetrante, em síntese, a configuração de constrangimento ilegal ante a ausência de fundamentação para a manutenção da prisão cautelar, uma vez que não estariam presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo penal.

Sustentam, mais, que, em caso de hipotética condenação, o paciente seria beneficiado com a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos ou com o início de cumprimento da sanção corporal em regime aberto, mostrando-se desarrazoada a manutenção da segregação.

Requer, diante disso, seja expedido o respectivo alvará de soltura para que o paciente possa aguardar em liberdade o desfecho do processo.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal, que em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República Haroldo Ferraz da Nóbrega, manifestou-se pela denegação da ordem.

Por meio do Ofício nº 3.323/SEJ, do Supremo Tribunal Federal, vieram-me informações de que foi concedida, pelo Ministro Dias Toffoli, liminar na Medida Cautelar no *Habeas Corpus* nº 113.686/SP, no sentido de "afastada a vedação da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, o Juízo da causa indique a presença ou não dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, e conforme o caso, mantenha, ou não, a segregação cautelar do paciente" (e-fl. 196).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.310 - SP (2012/0097621-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Nesse sentido, *v.g.*, HC nº 160.697/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/3/2012; HC nº 220.301/TO, Relator o Desembargador convocado Vasco Della Giustina TJ/RS, DJe de 19/12/2011; HC nº 200.077/MS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17/8/2011; todos do STJ. No STF: HC nº 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/2011 e HC nº 110.152/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/6/2012, entre outros.

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, cumprindo-se ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

No caso, a decisão que converteu o flagrante em preventiva, proferida em 17.2.12, é deste teor (e-fl. 74):

I - Flagrante formalmente em ordem.

II- Trata-se de delito cuja pena, abstratamente prevista, é superior a 4 anos de reclusão.

III - Por outro lado, verifica-se que ante a gravidade do fato, qualquer medida cautelar eventualmente concedida não atenderia às finalidades de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, na medida em que representariam verdadeiro prêmio para a conduta do indiciado e estímulo para a prática de delitos.

IV - Assim, nos termos do artigo 310, II do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante em preventiva.

Em 18.2.12, foi pleiteada a revogação da constrição cautelar, tendo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Magistrado indeferido o pedido nestes termos (e-fl. 121/122):

I - Indefiro os pedidos formulados para revogação de prisão preventiva ou liberdade provisória em favor de Rodolfo e Evanilson.

II - O auto de prisão em flagrante, como já despachado, encontra-se formal e substancialmente em ordem.

III - A hipótese legal se coaduna com aquela descrita no auto de prisão em flagrante.

IV - As matérias trazidas pelos requerentes referem-se ao mérito e serão tratadas em seu momento apropriado.

V - Por outro lado, embora a Lei 11.464/07, que alterou alguns dispositivos da Lei de Crimes Hediondos, tenha autorizado a liberdade provisória, mesmos no casos de crimes desta natureza, como o tráfico de drogas, é certo que se cuida de delito grave, merecendo severa reprimenda.

VI - O artigo 44 da Lei 11.343/06 veda expressamente a liberdade provisória para o tráfico de entorpecentes.

VII - Ademais, há que se ressaltar que, ainda que a Lei 11.343/07 tenha autorizado a liberdade provisória naqueles casos específicos, certo é que esta não operou qualquer alteração sobre a Lei 11.343/06, lei esta específica a determinar a política nacional de combate as drogas.

VIII - Destarte, mantenho o despacho que converteu os flagrantes em preventivas, eis que inalteradas as razões que a fundamentam.

Do acórdão impugnado, extrai-se o seguinte trecho que reflete as ideias centrais que justificaram o indeferimento do *writ* (e-fl. 45):

A gravidade da infração e as suas circunstâncias revelam a periculosidade do paciente e justificam a necessidade da custódia preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, por conveniência da instrução criminal e até para garantir a ordem pública.

A decisão que a decreta, ou mantém, se fundamentada, ainda que de forma sucinta, com os dispositivos legais é o quanto basta. No presente caso, o juiz de 1º Grau o fez adequadamente, trazendo os elementos de convicção que motivaram a medida de exceção (fls. 89/90).

Conforme reiteradamente tenho dito, seguindo a linha da jurisprudência desta Corte, a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

Na hipótese, verifico que a constrição do paciente se mantém sem que tenha havido fundamentação adequada.

Com efeito, observa-se que a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva lastreou-se na gravidade abstrata do delito cometido, não tendo o Magistrado descrito dado fático concreto que justificasse a medida excepcional, restringindo-se a afirmar que "ante a gravidade do fato, qualquer medida cautelar eventualmente concedida não atenderia às finalidades de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal" (e-fl. 74).

Posteriormente, ao indeferir o pedido de revogação da medida excepcional formulado pela defesa, cingiu-se o Juiz a amparar-se na vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, o que foi confirmado pelo Tribunal de origem.

Tanto a decisão de primeiro grau quanto o acórdão encontram-se em dissonância com o entendimento adotado por esta Corte, segundo o qual a hediondez do crime e a vedação abstrata do art. 44 da Lei nº 11.343/06 não impedem a concessão da liberdade provisória.

Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO CAUTELAR. CARÁTER HEDIONDO. VEDAÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. RISCO À ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. APREENSÃO DE VULTOSA QUANTIA AUFERIDA NA VENDA DE ENTORPECENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A Sexta Turma deste Sodalício tem ampla jurisprudência no sentido de que o caráter hediondo e a vedação legal do art. 44 da Lei n. 11.343/06 não podem, de per si, vedar a liberdade provisória, pois a restrição ao direito ambulatorial deve estar lastreada em elementos concretos que amparem a incidência dos pressupostos do art. 312



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código de Processo Penal.

2. (...)

3. Ordem denegada.

(HC n.º 222.344/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. RESTABELECIMENTO DA CONSTRIÇÃO PELO TRIBUNAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. VEDAÇÃO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. A Sexta Turma desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual a simples vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06 não é obstáculo, por si, à concessão da liberdade provisória, não se olvidando que a proibição - então contida na Lei de Crimes Hediondos - foi suprimida pela Lei nº 11.464/07.

2. A quantidade de droga, quando expressiva, constitui elemento fático determinante na avaliação da necessidade da prisão cautelar, notadamente para assegurar a ordem pública. Contrário sensu, a apreensão de pequena quantidade de entorpecente não se mostra suficiente, por si só, para justificar a custódia antecipada.

3. A simples menção ao fato de o acusado possuir antecedentes criminais não se presta a embasar a custódia cautelar.

4. Ordem concedida a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu a liberdade provisória.

(HC n.º 221.617/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 04/06/2012).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no HC 104.339/SP, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.

Ademais, pelos fatos descritos na denúncia, não é possível concluir, de maneira inequívoca como se faz crer no acórdão, que o paciente represente alta periculosidade social, já que o contexto da prisão em flagrante se deu dentro daquelas hipóteses fáticas que são corriqueiras nesse tipo de crime. É o que se vê pelo seguinte trecho da exordial (e-fl. 126):

Evanilson Geremias (...) e Rodolfo Reguly (...), agindo em concurso e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com unidade de desígnios, traziam consigo e guardavam, para fins de tráfico, o total de 2 (dois) eppendorfs de cocaína, 8 (oito) porções de maconha e 8 (oito) eppndorfs de crack, além do que traziam consigo a quantia de R\$ 15,00 (quinze reais) em dinheiro (...)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente, se por outro motivo não estiver preso, facultando ao Magistrado de primeiro grau que, verificadas as circunstâncias do caso, aplique alguma das medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do CPP. Estendo os efeitos ao corréu Evanilson Geremias.

Comunique-se o teor desta decisão ao Ministro Dias Toffoli, Relator da Medida Cautelar no *Habeas Corpus* nº 113.686.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0097621-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 242.310 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2682012 428210520128260000

EM MESA

JULGADO: 18/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO LUNARDO BENIZ
ADVOGADO : LEANDRO LUNARDO BENIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODOLFO REGULY (PRESO)
CORRÉU : EVANILSON GEREMIAS

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 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, expedindo, contudo, ordem de ofício, com extensão dos efeitos ao corréu Evanilson Geremias, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.