



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.103 - SP (2011/0086145-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : GUSTAVO ANDRETTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO FRANCO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. APELO EM LIBERDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI Nº 11.343/2006. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o auto de prisão em flagrante, o Paciente foi surpreendido após venda de 5 (cinco) pedras de "crack" a um usuário. Na residência de um adolescente envolvido, foram encontrados ainda 16 (dezesesseis) invólucros de papel alumínio com substância semelhante ao "crack", pesando 0,005 Kg e 2 (dois) tabletes de maconha, pesando 0,107 Kg.

2. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, 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 XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento *"de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar"* (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, DJe de 28/08/2008.)

4. *Habeas corpus* denegado.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.103 - SP (2011/0086145-4)

IMPETRANTE : GUSTAVO ANDRETTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO FRANCO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de FABIANO FRANCO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante em 09/02/2010, tendo sido condenado em 1º grau, à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/2006, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Afirma o Impetrante, em suma a presença de irregularidade na lavratura do auto de prisão em flagrante, sob o argumento de que não foram assinadas todas as páginas do documento. (fl. 9)

Acrescenta que no termo de interrogatório consta apenas a menção de que o Paciente teria sido cientificado de seus direitos sem que, contudo, constasse a resposta do acusado.

Alega que o Paciente não fora cientificado de que poderia se recusar a assinar o termo de flagrante.

No mais, sustenta a ausência de fundamentação no indeferimento do pedido de liberdade provisória e a existência de circunstâncias favoráveis à concessão do direito de apelar em liberdade.

Formula os seguintes pedidos:

*"EX POSITIS, requer, sempre com muita honra, que com a impetração do presente Habeas Corpus seja, **LIMINARMENTE**, concedida a liberdade provisória do Paciente Fabiano Franco, bem ainda a nulidade da prisão cautelar e sua manutenção após a sentença condenatória, e também do inquérito e do processo; e/ou a progressão de regime de cumprimento de pena para o aberto ou semi-aberto, ou então a suspensão condicional do processo, em qualquer caso determinando-se a expedição de alvará de soltura, com a máxima urgência, ainda que clausulado, para que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*o paciente responda livre ao processo até o trânsito em julgado da Decisão, e, depois de prestadas as devidas informações e colhido o parecer da Procuradoria Geral da Justiça, requer seja **concedida definitivamente a ordem**, para o fim de revogar-se a prisão do Paciente ou ordenada sua imediata soltura, tornando-se, em qualquer caso, definitiva a liminar concedida, atendendo-se, destarte, aos reclamos do Direito, do bom senso, humanismo e da mais pura e cristalina Justiça!." (fls. 32/33)*

A liminar restou indeferida às fls. 343/345.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 353/502, com a juntada de peças processuais pertinentes.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, em parecer de fls. 506/513, ementado nos seguintes termos, *in verbis*:

"Habeas Corpus. Processual Penal. Execução Provisória da Pena. Ausência de Fundamentação. Inconstitucionalidade. Fixação do Regime Inicial Fechado. Necessidade de Fundamentação idônea. Possibilidade.

I - Entende o Pretório Excelso que a execução antecipada da pena constitui violação aos princípios constitucionais da não-culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, razão pela qual, antes do trânsito em julgado da condenação, somente poderá o acusado ser preso a título cautelar, mediante fundamentação idônea.

II - Estando presentes os requisitos do art. 33, § 2.º, alínea 'c', do Código Penal, carece de fundamentação idônea a imposição de regime mais gravoso que o aberto com base em considerações genéricas acerca da gravidade do delito, conforme assente no enunciado nº 718 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Parecer pela concessão da ordem." (fl. 506)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.103 - SP (2011/0086145-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. APELO EM LIBERDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI Nº 11.343/2006. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o auto de prisão em flagrante, o Paciente foi surpreendido após venda de 5 (cinco) pedras de "crack" a um usuário. Na residência de um adolescente envolvido, foram encontrados ainda 16 (dezesseis) invólucros de papel alumínio com substância semelhante ao "crack", pesando 0,005 Kg e 2 (dois) tabletes de maconha, pesando 0,107 Kg.

2. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, 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 XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento *"de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar"* (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, DJe de 28/08/2008.)

4. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

De início, quanto à alegação de nulidade no auto de prisão em flagrante, referente à inexistência de assinatura ou rubricas em todas as páginas do documento e a ausência de declarações do acusado, constata-se que se tratam de meras irregularidades que não maculam o processo criminal e nem, tampouco, acarretam a soltura do Paciente.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR. SÚMULA 691/STF. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO. ART. 33 DA LEI 11.343/06. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM RAZÃO DE VÍCIO FORMAL NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. PARECER DO MPF PELO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO OU PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.

1. Não se admite a impetração de Habeas Corpus neste STJ contra decisão denegatória de liminar em writ anterior (Súmula 691/STF). Entretanto, na hipótese, houve a superveniência de acórdão proferido pelo Tribunal a quo.

2. O pedido de liberdade provisória não comporta conhecimento, uma vez que o writ não está instruído com a cópia da decisão do Juízo de primeiro grau que indeferiu o benefício.

3. Meras irregularidades no auto de prisão em flagrante, tais como a demora no seu encaminhamento ao Magistrado e assinatura de apenas uma testemunha, não acarretam por si sós a nulidade do processo ou a soltura do paciente, mormente que há houve o recebimento da denúncia.

4. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 158.058/PI, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 13/12/2010.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, E ART. 288, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. TROCA DOS NOMES DOS INDICIADOS. MERA IRREGULARIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. IRREGULARIDADES NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, INEXISTÊNCIA DO ESTADO FLAGRANCIAL E AUSÊNCIA DE REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. TESES NÃO APRESENTADAS PERANTE A AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

I - A troca dos nomes dos indiciados no auto de prisão em flagrante constitui-se em mera irregularidade, que não tem o condão de ensejar o relaxamento da segregação cautelar. Ademais, não logrou a defesa demonstrar qual o prejuízo concreto gerado para a paciente capaz de macular o referido auto de prisão.

II - Tendo em vista que as demais teses de irregularidade no auto de prisão em flagrante, bem como as alegações de inexistência do estado flagrancial e de ausência de requisitos da prisão cautelar não foram apresentadas perante a autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tais alegações, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada." (HC 168.585/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 20/09/2010; sem grifo no original.)

No mais, a questão suscitada diz respeito à possibilidade de se conceder o benefício da liberdade provisória a réu preso em flagrante delito por tráfico ilícito de drogas.

Consoante se constata do auto de prisão em flagrante, o Paciente foi surpreendido após venda de 5 (cinco) pedras de "crack" a um usuário (fl. 36) e, após busca na residência de um adolescente envolvido, segundo o auto de constatação de droga (fl. 59), foram encontrados 16



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dezesseis) invólucros de papel alumínio com substância semelhante ao "crack", pesando 0,005 Kg e 2 (dois) tabletes de maconha, pesando 0,107 Kg.

Formulado pedido de liberdade provisória, este foi indeferido nos termos seguintes, *in verbis*:

"[...]

Com efeito, deve-se considerar que há indícios de autoria e materialidade.

Considerando a gravidade do crime em tese cometido - art. 33, da Lei 11343/2006 – tem-se que a manutenção da prisão cautelar se revela necessária durante a tramitação do feito, sobretudo como medida imperiosa para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

O crime é gravíssimo e vem abalando severamente a sociedade local.

Por outro lado, em sendo procedente a pretensão punitiva estatal há efetiva probabilidade do réu ser condenado ao cumprimento inicial da pena em regime fechado, razão pela qual a manutenção do agente no cárcere consiste em garantia para aplicação da lei penal.

Condutas tais como a descrita na inicial certamente vem impondo perigo à ordem pública, circunstâncias indicativa da necessidade da custódia cautelar. A Justiça deve ficar atenta para o caso em tela, em que visa apurar crime assustador e que trouxe intranquilidade na sociedade. Merece, assim, maior atenção e rigidez por parte do Poder Judiciário.

Ademais, o tráfico de entorpecentes é equiparado aos crimes hediondos, sendo insuscetível de liberdade provisória.

E, o fato de estar preso em outra Comarca gera demora justificada no andamento processual, ficando reiterada a manifestação ministerial (fls. 81/85).

[...]." (fl. 81)

Em sede de sentença, o juízo processante justificou a negativa do direito do ora Paciente recorrer em liberdade nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

Presos em flagrante por prática de crime considerado hediondo por equiparação, não fazem jus a benefícios como o 'Sursis' ou as restritivas de direitos. Quanto a essas, entendo inviável para crimes hediondos e equiparados, porque não foi essa a finalidade do legislador. Ao contrário procurou ele justamente dar um tratamento mais rigoroso para esses crimes. Tanto que a nova lei de tóxicos, em vigor, veda expressamente essas benesses, aclarando a vontade do legislador.

Vê-se presentes, sem dúvidas, os motivos para a manutenção da prisão, justo por isso, o regime para o cumprimento da pena será o FECHADO, mesmo o mais adequado para o alcance das finalidades da Lei, e fica VEDADA a possibilidade de recurso em liberdade, porque respondeu preso ao processo, estando presentes, como já dito, razões para a preventiva. Não há falar-se em desclassificação do tipo penal porque reconhecida a finalidade de tráfico para a droga apreendida nestes autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Volto a repetir que não cabem penas alternativas nos casos de crimes hediondos ou equiparados, porque não se atingiria as finalidades da norma, ela que pretendeu um tratamento mais rigoroso para estes casos.

[...]." (fls. 124/125)

O legislador ordinário, reiterando o seu pensamento exposto na Lei dos Crimes Hediondos, ao editar a nova Lei de Tóxicos, vedou expressamente a concessão de liberdade provisória, *ad litteram*:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."

Julgando válida a referida proibição, o próprio Supremo Tribunal Federal, em recentes precedentes, denegou a ordem de *habeas corpus* em que acusados do cometimento do crime de tráfico de drogas pretendiam ser beneficiados com a liberdade provisória, ressaltando que a vedação ao benefício decorre da própria disposição do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade da referida infração penal.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE POR RECEPÇÃO (ART. 180 DO CP), POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/03) E TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06). PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES). JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante delito, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, quando impedia a "fiança e a liberdade provisória", de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança.

2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que "a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: [...] seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança" (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence).

3. Correto esse entendimento jurisprudencial, na medida em que o título prisional em que o flagrante consiste opera por si mesmo; isto é, independentemente da presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Há uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presunção constitucional de periculosidade da conduta protagonizada pelo agente que é flagrado praticando crime hediondo ou equiparado. A Constituição parte de um juízo apriorístico (objetivo) de periculosidade de todo aquele que é surpreendido na prática de delito hediondo, o que já não comporta nenhuma discussão. Todavia, é certo, tal presunção opera tão-somente até a prolação de eventual sentença penal condenatória. Novo título jurídico, esse, que há de ostentar fundamentação específica quanto à necessidade, ou não, de manutenção da custódia processual, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 387 do CPP. Decisão, agora sim, a ser proferida com base nas coordenadas do art. 312 do CPP: seja para o acautelamento do meio social (garantia da ordem pública), seja para a garantia da aplicação da lei penal. Isso porque o julgador teve a chance de conhecer melhor o acusado, vendo-o, ouvindo-o; enfim, pôde aferir não só a real periculosidade do agente, como também a respectiva culpabilidade, elemento que foi necessário para fazer eclodir o próprio decreto condenatório.

4. Isso não obstante, esse entendimento jurisprudencial comporta abrandamento quando de logo avulta a irregularidade do próprio flagrante (inciso LXV do art. 5º da CF/88), ou diante de uma injustificada demora da respectiva custódia, nos termos da Súmula 697 do STF ("A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo"). O que não é o caso dos autos.

5. *Ordem denegada.*" (STF, HC 103.399/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, DJe de 20/08/2010; sem grifo no original.)

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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." (STF, HC 99.333/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 01/07/2010; sem grifo no original.)

No mesmo sentido, esta egrégia Quinta Turma firmou entendimento, considerando válido o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO, PELO ART. 2º, INCISO II, DA LEI 8.072/90 E PELO ART. 44 DA LEI 11.343/06. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 52/STJ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança.

2. A legislação infraconstitucional (arts. 2º, II, da Lei 8.072/90 e 44 da Lei 11.343/06) também veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação legal é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória (HC 76.779/MT, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 3/4/08).

4. O excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, segundo pacífico magistério jurisprudencial deste Superior Tribunal, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais.

5. Encerrada a instrução resta superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa (Súmula 52 do STJ).

6. Ordem denegada." (HC 161.809/AM, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 02/08/2010.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. APELO EM LIBERDADE. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. 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.

2. 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.

3. Constatada a superveniência de sentença condenatória que categoricamente reconhece circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do Paciente, impondo-lhe o regime inicial fechado de cumprimento de pena, não se vislumbra constrangimento ilegal na negativa do apelo em liberdade.

4. *Ordem denegada.*" (HC 157.758/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 26/04/2010.)

Ressalte-se, por pertinente, que a supressão promovida pela Lei n.º 11.464/2007, quanto à vedação legal do benefício da liberdade provisória, em nada afetou as orientações acima esposadas.

A Lei n.º 11.343/2006, por regular particularmente a disciplina dos crimes de tráfico, é **especial** em relação à Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo, portanto, qualquer antinomia no sistema jurídico, à luz do brocardo *lex specialis derogat legi generali*.

Na presente causa, entretanto, se discute, especificamente, a possibilidade de o Recorrente, condenado por tráfico de drogas, apelar em liberdade.

Com efeito, sendo válida a proibição prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, é de se vedar, também, a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "[...] de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 28/08/2008.)

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verbis:

"HABEAS CORPUS. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. 2. PEDIDO FORMULADO PARA QUE OS PACIENTES TENHAM O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSENTOU ESTAREM PRESENTES, NO CASO, OS PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.

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 do 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. [...]." (STF, HC 97.883/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/08/2009.)

E, deste Superior Tribunal de Justiça, reproduzo a seguinte ementa:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENÇÃO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. EFEITO DA CONDENÇÃO.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação contida no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90 é constitucional e suficiente, por si só, para impedir a concessão da liberdade provisória ao réu preso em flagrante e condenado por crime hediondo.

2. Acrescente-se, ainda, que em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes existe expressa vedação legal à concessão do benefício (artigo 44 da Lei n.º 11.343/06), o que é suficiente para negar ao Paciente o direito à liberdade provisória.

3. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal.

4. Recurso desprovido." (RHC 23319/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/09/2008.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, com amparo nos precedentes e nos posicionamentos acima apresentados, filio-me ao entendimento de que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória – e consequentemente, do apelo em liberdade – aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu acusado da prática de crime hediondo ou equiparado.

Por fim, no tocante à sugestão do Ministério Público Federal a respeito de possível ilegalidade quanto ao regime prisional fixado, cumpre ressaltar que a pretensão deve ser submetida ao Juízo das Execuções Penais, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0086145-4

HC 204.103 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3172008 492010 990101372274

EM MESA

JULGADO: 18/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUSTAVO ANDRETTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO FRANCO (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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.