



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.320 - RS (2010/0112086-0)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : SIDINEY TOLLENTINO VIERA FILHO
ADVOGADO : HELENA MARIA PIRES GRILLO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM FATORES CONCRETOS. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. É de ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos, pois a Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, a qual alterou a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. A hediondez do delito e a vedação abstrata do art. 44 da Lei nº 11.343/06 não impedem, por si só, a concessão do citado benefício.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 15 de março de 2011 (data do julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.320 - RS (2010/0112086-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão de minha lavra, que negou provimento ao recurso especial.

Sustenta o agravante que a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da liberdade provisória ao réu preso em flagrante por crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Enfatiza que a Quinta Turma desta Corte possui entendimento diverso do exarado na decisão agravada, citando, para comprovar o alegado, precedentes desse Órgão Colegiado, bem como do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.320 - RS (2010/0112086-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Não obstante a existência de precedentes em sentido contrário à orientação expedida no provimento atacado, não vislumbro razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal.

Com efeito, a jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que a prisão cautelar deve ser imposta ou mantida somente quando estiverem presentes o requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, inexistentes na espécie.

Destarte, nada havendo a retificar ou acrescentar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, abaixo transcritos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com arrimo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Local.

*Consta dos autos que o recorrido foi preso em flagrante, em 20 de junho de 2009, pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, sendo-lhe concedido o benefício da liberdade provisória pelo Juiz de primeiro grau.*

*Inconformado, o **Parquet** interpôs recurso em sentido estrito, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, negado provimento ao apelo.*

*Daí o presente recurso especial, no qual se alega violação do art. 44, **caput**, da Lei 11.343/06, sustentando que a vedação contida no aludido dispositivo, por si só, é fundamento suficiente para justificar a segregação cautelar.*

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do apelo.

Decido.

*Disse o magistrado **a quo** a respeito da prisão cautelar:*

Pela análise dos autos, vislumbro que, neste momento, não se encontram presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

A prisão preventiva é medida excepcional no direito brasileiro, apenas cabível quando se trate de providência absolutamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessária para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No caso dos autos, a mera gravidade objetiva dos fatos, não implica, por si só, uma razão consistente que justifique o encarceramento do réu como medida necessária à manutenção da ordem pública e, no caso em tela, Sidiney não registra antecedentes criminais que autorizam supor que, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos que o levaram anteriormente a delinquir.

Saliente-se, por fim, que não há notícia alguma de que o réu possa se furtar a eventual aplicação da lei ou, de qualquer modo, influir indevidamente nos atos de instrução probatória.

Nestas condições, por certo deve prevalecer o direito à liberdade.

Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso do Ministério Público, ratificando a decisão concessiva de liberdade provisória, pelos seguintes fundamentos:

Quanto ao mérito, o auto de prisão em flagrante foi devidamente homologado em 20.6.09 (fl. 44) e, em 22.6.09, houve por bem o magistrado que conduz o feito em conceder a liberdade provisória ao réu (fls. 30/31), em decisão devidamente fundamentada, que merece ser mantida.

Ora, ainda que existam indícios de autoria quanto ao delito de tráfico de drogas, é lícito se afirmar, de igual forma, que existe a possibilidade de desclassificação do delito para consumo próprio ou até mesmo a absolvição, já que há depoimento nos autos dando conta de que quem traficava no local era uma pessoa de nome Michelle, sendo que os policiais que realizaram a apreensão não são categóricos em apontar o réu como o traficante do local.

É certo que não cabe, neste momento processual, se entrar no exame do mérito, mas também é certo que não se aplica ao caso, ilimitadamente, o art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Ora, como os colegas não ignoram, mesmo quando se trata de crime legalmente definido como hediondo, ou outro a este equiparado, como é o tráfico ilícito de entorpecentes, venho admitindo, em alguns casos, a concessão da liberdade provisória.

Isto porque não é o Promotor de Justiça, ao oferecer a denúncia, e muito menos o Delegado de Polícia, ao instaurar o inquérito policial, quem vai definir a capitulação legal do fato praticado, a qual só se tornará certa com a sentença transitada em julgado.

Ademais, sabe-se que frequentemente o réu denunciado como incurso nas sanções do art. 33 da Lei de Tóxicos acaba condenado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por infração ao art. 28 do referido texto legal, operando-se a desclassificação em decorrência da prova coletada.

Saliento, por fim, que o réu é nascido em 1962 e não possui qualquer antecedente criminal, inexistindo notícia nos autos de que possa influir na instrução criminal ou se furtar à aplicação da lei, de forma que não verifico a presença dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva.

A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso 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, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

No caso vertente, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o entendimento que vem sendo adotado pela Sexta Turma desta Corte no sentido de que a hediondez do crime e a vedação abstrata do art. 44 da Lei 11.343/06, não impedem, por si só, a concessão da liberdade provisória.

Nesse sentido:

"Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Liberdade provisória negada. Falta de fundamentação. Art. 312 do Código de Processo Penal. Ordem concedida.

1. A prisão cautelar, providência processual de caráter excepcional, só deve ser imposta quando verificado um dos motivos que autorizam sua adoção, que deve restar claramente demonstrado, tudo em consonância com o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. Mesmo nas hipóteses de crimes hediondos ou equiparados, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando a referência à vedação à liberdade provisória contida no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/1990, hoje não mais existente em razão da derrogação levada a efeito pela Lei nº 11.464/2007. 3. Com o advento da Lei nº 11.343/2006 (nova Lei de Drogas), que, na mesma linha do que dispunha a Lei de Crimes Hediondos, veda, no seu artigo 44, a concessão da liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de entorpecentes presos em flagrante, penso que a compreensão deva ser a mesma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vale dizer, exige-se motivação concreta para a manutenção da segregação cautelar.

(...)

5. Habeas corpus concedido." (HC-89.599, Relator para o acórdão Ministro PAULO GALLOTTI, DJe de 18.8.08.)

PRISÃO EM FLAGRANTE (TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS).
LIBERDADE PROVISÓRIA (INDEFERIMENTO).
FUNDAMENTAÇÃO (GRAVIDADE DOS FATOS E VEDAÇÃO
LEGAL). COAÇÃO (EXISTÊNCIA). SENTENÇA (TRÂNSITO EM
JULGADO).

1. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

2. Toda e qualquer prisão que tenha caráter de medida cautelar há de vir, sempre e sempre, efetivamente fundamentada. É o sistema – decorre das normas que informam o ordenamento jurídico brasileiro.

3. Se o indeferimento da liberdade provisória está apoiado na gravidade dos fatos, tal aspecto é insuficiente para justificar, a contento, a manutenção de medida de índole excepcional.

4. Também não é suficiente, evidentemente, a reportagem, e simples, ao frio texto da lei (por exemplo, ao art. 44 da Lei nº 11.343/06), porque, se assim fosse, a prisão provisória passaria a ter caráter de prisão obrigatória, e não é esse o seu caráter.

5. Admite-se a liberdade provisória, mesmo que se trate de crime inafiançável.

6. Caso no qual o ato judicial que indeferiu a liberdade provisória carece de suficiente motivação; falta-lhe, portanto, validade, decorrendo daí ilegal coação.

7. Do mesmo modo, se à superveniente sentença penal condenatória falta persuasiva motivação, o melhor dos entendimentos é o de que a ré poderá, em liberdade, aguardar o trânsito em julgado.

8. Ordem de habeas corpus concedida. (HC nº 112.947/MG, Relator o Ministro NILSON NAVES, DJe de 3/8/2009)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM
FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA.
INDEFERIMENTO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. VEDAÇÃO DA
LEI Nº 11.343/2006. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/2007, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. No caso, a negativa da liberdade provisória está fundamentada tão-só na gravidade abstrata do crime, nas consequências que ele causa à sociedade e, sobretudo, na sua hediondez, motivação, por certo, insuficiente para manter a prisão cautelar. (...) (HC 115.630/DF, de minha relatoria, DJe de 02.3.09).

Compulsando os autos, não se ignora, outrossim, a considerável quantidade de entorpecentes que foi encontrada na residência do recorrido - 73 pedras de crack, 01 'tijolinho' de maconha e 03 bucinhas de cocaína. Entretanto, essa circunstância fática não foi exposta pelo acórdão recorrido nem levantada pelo Ministério Público nas razões do recurso especial, nas quais se limitou a mencionar a vedação contida do art. 44 da Lei 11.343/06 e a hediondez do delito.

Com efeito, para modificar o entendimento do Tribunal de origem, a fim de averiguar a existência ou não dos requisitos da prisão preventiva, seria imprescindível reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta instância, atraindo a incidência do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte de Justiça.

Pelo exposto, com fundamento no art. 38 da Lei nº 8.038/90, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

Em reforço, cito os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Habeas Corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei 11.343/2006, art. 44). 3. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 4. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 5. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar. (HC 100185/PA, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 06-08-2010)

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ADITAMENTO DA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 44 DA LEI N. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691-STF.

1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. Precedentes.
2. Não é dado às instâncias subseqüentes aditar, retificar ou suprir decisões judiciais, mormente quando a falta ou a insuficiência de sua fundamentação for causa de nulidade. Precedentes.
3. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal.
4. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.
5. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.
6. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória.
7. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso. (HC 97346/SP, Relator Min. EROS GRAU, DJe 25-06-2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.
É voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0112086-0

AgRg no
REsp 1.198.320 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 621820082009226137 70033342189 70035279371 820900058280
820900060242

EM MESA

JULGADO: 15/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : SIDINEY TOLLENTINO VIERA FILHO
ADVOGADO : HELENA MARIA PIRES GRILLO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : SIDINEY TOLLENTINO VIERA FILHO
ADVOGADO : HELENA MARIA PIRES GRILLO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.