



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.937 - SC (2009/0106120-4)

RELATOR : MINISTRO NILSON NAVES
IMPETRANTE : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MURILO OSCAR DE ALMEIDA MIGDALSKI (PRESO)

EMENTA

Prisão em flagrante (tráfico ilícito de entorpecente). Liberdade provisória (indeferimento). Fundamentação (gravidade do crime e quantidade da droga). Sentença condenatória recorrível (superveniência). Coação ilegal preexistente (protramento). Apelação em liberdade (possibilidade).

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. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do habeas corpus.

3. Se o indeferimento da liberdade provisória está apoiado na gravidade abstrata do crime e na quantidade da droga, tal aspecto é insuficiente para justificar, a contento, a manutenção de medida de índole excepcional.

4. Ademais, a superveniência de sentença condenatória recorrível não atrapalha o raciocínio relativo à prisão cautelar sem efetiva fundamentação. Quando existente, a ilegalidade vai para a frente, protraindo-se no tempo.

5. Se também à sentença falta suficiente motivação, o melhor dos entendimentos é o de que o réu pode, sim, apelar em liberdade.

6. Habeas corpus concedido.

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, conceder a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

O Dr. César Castellucci Lima fez sustentação oral pela parte, Murilo Oscar de Almeida Migdalski.

Brasília, 15 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.937 - SC (2009/0106120-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Preso em flagrante, por tráfico ilícito de entorpecentes (consta dos autos que seriam 1.660 g de maconha e mais 1.951 comprimidos de ecstasy), Murilo Oscar de Almeida Migdalski teve o pedido de liberdade provisória indeferido. Impetrado habeas corpus, a ordem foi denegada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Sobreveio, então, o atual habeas, em que se requer a liberdade provisória. O Ministério Público Federal (Subprocuradora-Geral Maria Eliane) opinou pela concessão da ordem, fê-lo nestes termos:

"A Impetração peticionou às fls. 129/157 informando que sobreveio sentença que julgando parcialmente procedente a denúncia para condenar o ora Paciente às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado e, ao pagamento de 83 (oitenta e três) dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, e § 4º da Lei nº 11.343/06. Acresce que foi negado ao Paciente o direito de apelar em liberdade. Desta forma, requereu a concessão de tal benefício.

Não obstante o Tribunal de origem não tenha analisado o pedido de liberdade para apelar, vê-se que já se posicionou no tocante ao indeferimento do pleito de responder ao processo em liberdade. Assim, considerando que a prisão foi mantida somente pela vedação legal e pelos fundamentos anteriores, tem-se que a ordem merece concessão, o que não configura supressão de instância.

Nunca é demasiado reiterar que a liberdade e o princípio da presunção de inocência são preceitos constitucionais aos quais se deve conferir o maior grau de eficácia possível, de sorte que seu afastamento é medida excepcional e só admissível em situações de extrema necessidade.

Na espécie, o Juízo monocrático, ao negar ao Paciente o direito de apelar em liberdade não apontou, concretamente, a presença de qualquer elemento de cautelaridade, apto a embasar a segregação antecipada. Leia-se do *decisum* (fls. 13/15 e 19):

.....
Ora, essa Egrégia Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de que o Magistrado deve embasar, dialogando com os requisitos do art. 312



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CPP (demonstrando-os de forma concreta), a decisão que nega ao Réu o direito de recorrer em liberdade. *In casu*, patente é a inobservância do disposto no art. 93, IX da CF, bem como ao disposto no art. 5º LXVI da Carta Magna.

Por outro lado, trata-se de Acusado primário e de bons antecedentes, conforme reconhecido na sentença condenatória (fl. 17), caso em que poderá apelar sem recolher-se à prisão, conforme preceitua o artigo 59 da Lei 11.343/07.

As circunstâncias apresentadas não são suficientes para amparar a referida negativa. Também, não é apta para alicerçar o encarceramento o fundamento da vedação legal preconizada no art. 44 da Lei 11.343/06.

.....
Neste ponto, é válido frisar que a Lei nº 11.719/2008, consagrando a tutela constitucional da liberdade, acrescentou ao artigo 387 do CPP um salutar parágrafo único, que normatiza o que já era exigido pela melhor doutrina e jurisprudência nacionais: a necessidade de o juiz, quando da prolação da sentença condenatória decidir, 'fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação interposta'.

Por estas razões manifesta-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem."

As últimas informações dão conta de que foi proferida sentença, havendo sido condenado o paciente à pena de cinco anos e dez meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.937 - SC (2009/0106120-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR): Por unanimidade, a 6ª Turma, na sessão do dia 2.12.08, concedeu a ordem ao corréu Daniel Gentile de Oliveira. Para o acórdão, escrevi esta ementa (HC-114.127, DJe de 9.2.09):

"Tráfico de entorpecente (prisão em flagrante). Liberdade provisória (indeferimento). Falta de fundamentação (caso). Coação (ilegalidade).

1. Tratando-se de medida de exceção, toda e qualquer prisão cautelar há de vir apoiada em bons elementos de convicção – elementos certos, determinados, concretos.

2. Quando o ato judicial que indeferiu a liberdade provisória encontra-se despido de fundamentação, falta-lhe validade, decorrendo daí ilegal coação.

3. No caso, a custódia cautelar baseou-se na vedação legal e na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, mas o juízo emitido foi de mera suposição, daí que, não demonstrada, a contento, a necessidade de tal garantia, ilegal é a prisão.

4. Habeas corpus deferido, concedendo-se ao paciente a liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo."

Vieram ter à Seção de Protocolo deste Tribunal dois pedidos de extensão: um em favor de Murilo Oscar de Almeida Migdalski, outro em favor de Gustavo Fernando Zaninotti de Souza. A Turma deferiu apenas o pedido referente a Gustavo.

Do pedido do ora paciente, naquele momento, não se conheceu, uma vez que não havia ele trazido aos autos a decisão que indeferira o pedido de liberdade provisória.

Estando agora devidamente instruído o habeas corpus, passo ao exame do mérito. Ao indeferir o pedido de liberdade provisória, assim concluiu a Juíza da comarca de Itapema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Os fortes indícios de materialidade e da autoria do hediondo crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes em associação imputado ao acusado Murilo, assim como aos demais denunciados, já finda a instrução criminal, ainda se fazem presentes.

O acusado Murilo é proveniente de outro estado da federação e pra cá se dirigiu com fins ilícitos, sendo flagrado com grande quantidade de *ecstasy*, talvez a maior apreensão desse tipo de droga já ocorrida neste Estado, juntamente com comparsas.

A suposta atividade lícita que diz exercer, *data venia*, não está devidamente comprovada, não bastando para tanto a simples declaração acostada aos autos (fls. 443).

Nesse contexto, é necessária a manutenção da segregação cautelar de Murilo Oscar de Almeida Migdalski para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, requisitos esses ensejadores da prisão preventiva (CPP, art. 312).

Ademais, não há como deixar de considerar que a Novíssima Lei de Drogas, em seu art. 44, veda a concessão de liberdade provisória para o crime previsto no seu art. 33.

Registro, por fim, que tão-somente a primariedade do acusado e o fato de ter ele residência fixa não autorizam a sua soltura, conforme reiteradamente vem decidindo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:"

Do acórdão colho as seguintes passagens:

"Assim, a alusão ao art. 44 da lei nº 11.343/06 não poderia, de *per si*, ser motivo suficiente à concessão do benefício.

Ocorre que este não foi o único motivo irrogado pela autoridade apontada como coatora para indeferir o pedido de liberdade provisória do paciente, tendo ela justificado a manutenção da segregação também na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Para tanto, a magistrada *a quo* levou em consideração as circunstâncias em que o flagrante ocorreu (após intensa investigação policial exitosa em surpreender os acusados na posse de 1.660 gramas de maconha e mais 1951 comprimidos de *ecstasy*), a quantidade e o tipo da droga apreendida, bem como o fato de o paciente residir em outro estado da federação."

Disse a Juíza, ao negar ao réu o direito de recorrer em liberdade, o seguinte:

"Além da expressa vedação constitucional de se conceder liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória a presos em flagrante pelo hediondo crime de tráfico de drogas, tenho que, *in casu*, também se faz presente a necessidade de se assegurar a ordem pública para a manutenção da custódia cautelar de todos os acusados.

Gustavo, Murilo e Daniel praticaram crime por demais grave, que vem assolando a sociedade e determinando a proliferação de vários outros tipos de delitos, como homicídios, roubos e furtos, merecendo severa reprimenda.

Ademais, a quantidade de droga encontrada em poder deles é sobremaneira relevante e poderia ter atingido mais de 2.000 (dois mil) consumidores, cujos efeitos, notadamente do *ecstasy*, não raro podem levar à morte, o que eleva a periculosidade dos acusados."

O que apontou a autoridade judicial a fim de negar a liberdade provisória foi a gravidade abstrata do crime e a quantidade do entorpecente.

Creio não ser isso suficiente. Ora, se a pessoa foi presa em flagrante delito, tem direito à liberdade provisória, e tem-no de acordo com as rezas do art. 310 e seu parágrafo único do Cód. de Pr. Penal. Tal decorre do sistema adotado pelo legislador pátrio, salvo no caso de decisão suficientemente fundamentada. É bom lembrar que a condição de culpado só resulta do trânsito em julgado, tanto assim que venho ementando – são inúmeros os casos – da seguinte maneira (HC-47.681, DJ de 17.4.06):

"Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (falta).

1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Cód. de Pr. Penal, art. 315).
2. 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.
3. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do habeas corpus.
4. A simples capitulação legal do crime como hediondo não impede a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão de liberdade provisória.

5. Habeas corpus deferido."

Sempre sustentei ser inadmissível prisão de natureza cautelar – seja lá qual for a espécie de crime – despida de real fundamentação. Há, contudo, entendimento que se apoia no inciso XLIII do art. 5º da Constituição para ter alguns crimes por insuscetíveis de liberdade provisória. O argumento nunca me convenceu: é que não se cuida de fiança, e sim de fundamentação. O próprio legislador voltou sobre os seus próprios passos, alterando a Lei nº 8.072/90 ("sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal").

Acrescente-se que a superveniência de sentença condenatória recorrível não atrapalha o raciocínio referente à liberdade provisória denegada sem efetiva fundamentação. Tenho dito que a ilegalidade, quando existente, prolonga-se no tempo (HC-44.611, DJ de 18.12.06):

"Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (necessidade). Sentença condenatória recorrível (superveniência).
Apelação (liberdade).
.....

3. A superveniência de sentença condenatória recorrível – espécie de prisão provisória – não atrapalha o raciocínio relativo à prisão cautelar sem efetiva fundamentação. Quando existente, a ilegalidade vai à frente, protraindo-se no tempo.

4. Faltando também à sentença persuasiva motivação, o melhor dos entendimentos é o de que o réu pode, sim, apelar em liberdade.

5. Ordem concedida."

No caso, faltou à decisão persuasiva motivação.

Tal a situação, voto pela concessão da ordem a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da apelação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0106120-4

HC 137937 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 125080044895 20090184994

EM MESA

JULGADO: 15/10/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : MURILO OSCAR DE ALMEIDA MIGDALSKI (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). CÉSAR CASTELLUCCI LIMA, pela parte PACIENTE: MURILO OSCAR DE ALMEIDA MIGDALSKI

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, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 15 de outubro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário