



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.520 - SP (2011/0260347-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IRIS SOARES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. ORDEM DENEGADA.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória 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 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.

2. Além disso, no caso, verifica-se que a Paciente foi presa em flagrante com 19 (dezenove) invólucros contendo crack e, conforme ressaltado pelo Juízo Processante, *"responde a outro processo por tráfico, destarte de 2010, onde foi beneficiada com liberdade provisória, a qual verifica-se não ter feito jus"*.

3. Ordem denegada, com a recomendação de urgência no julgamento do recurso de apelação.

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, com recomendação, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.520 - SP (2011/0260347-9)

IMPETRANTE : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IRIS SOARES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de IRIS SOARES DOS SANTOS – condenada ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No presente writ, a impetração sustenta que: *"se mantida a decisão que negou, à recorrente, o direito de apelo em liberdade, ao tempo em que sua apelação for julgada, ela, a toda evidência, já terá, muito provavelmente, cumprido a totalidade da reprimenda que lhe foi imposta em Primeira Instância, o que, além de incongruente, é ilegal."* (fl. 03)

Requer a Defesa a concessão do alvará de soltura para que a Paciente recorra em liberdade.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 33/34.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 43/81, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 90/93, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.520 - SP (2011/0260347-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. ORDEM DENEGADA.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei nº 11.343/06 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.

2. Além disso, no caso, verifica-se que a Paciente foi presa em flagrante com 19 (dezenove) invólucros contendo crack e, conforme ressaltado pelo Juízo Processante, *"responde a outro processo por tráfico, destarte de 2010, onde foi beneficiada com liberdade provisória, a qual verifica-se não ter feito jus"*.

3. Ordem denegada, com a recomendação de urgência no julgamento do recurso de apelação.

VOTO

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

Busca a impetrante a concessão da ordem para que a Paciente possa aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

No caso, verifica-se que a Paciente, presa em flagrante, em 10/01/2011, foi condenada às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, *"porque carregava consigo 5,2g de "crack", para o fim de fornecimento a terceiros, substância entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar"* (fl. 25).

O juízo processante decidiu a questão nos seguintes termos, *in verbis*:

"Íris Soares dos Santos foi denunciada como incurso no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, porque no dia 10.01.2011, por volta das 19:40 horas, na Rua do Triunfo, nº 240, trazia consigo para fins de tráfico 19 invólucros contendo crack.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A materialidade delitiva está consubstanciada a fls. 19, 13 e 36/37.

A ré permaneceu em silêncio na polícia (fls. 06) e, em juízo, negou os fatos. Disse ser usuária, mas que na ocasião não trazia droga consigo. Fazia-se acompanhar por um rapaz, com o qual se relacionava por vezes sexualmente. Este rapaz, instado pelos PMs, comprometeu-se a buscar maior quantidade de entorpecente que possuía, guardada noutro local. E como garantia deixou-a aos cuidados dos milicianos; não retornando, ela acabou presa e responsabilizada pelo total de entorpecente, inclusive o do quarto do hotel que dividira com o aventado parceiro.

A versão que expôs é, porém, frágil e manifestamente destituída de amparo.

Note-se que a ré, logo na primeira oportunidade que teve, ou seja, no DP, deixou de clamar por sua inocência.

[...]

Os policiais também detalharam que parte da droga estava em seu poder, escondida no shorts, e o restante numa pochete com R\$ 320,00, produto indiscutivelmente do tráfico, como a própria Íris veio a reconhecer.

A foto de fls. 14 ilustra as pedras achadas, que da forma como se apresentam prestam-se ao fornecimento em porções individuais para consumo.

Acrescente-se que não soa crível que os policiais permitissem que o rapaz envolvido no tráfico, segundo a ré, saísse dali para apanhar mais droga sem qualquer acompanhamento, o que refoge aos procedimentos padrões de segurança.

A ré, infelizmente, responde a outro processo por tráfico, destarte de 2010, onde foi beneficiada com liberdade provisória, a qual verifica-se não ter feito jus.

Isso posto, julgo PROCEDENTE a ação penal, para condenar a ré Iris Soares dos Santos como incurso no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06.

Passo à dosimetria da pena.

A ré é primária, de bons antecedentes e menor de 21 anos à época dos fatos. Assim, fixo-lhe a pena no mínimo legal e de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Presentes os requisitos, aplico-lhe o benefício do artigo 33, parágrafo 4º, da lei de drogas, reduzindo sua pena no percentual de 2/3, a perfazer em definitivo 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato" (fls. 13/15; sem grifo no original.)

Por sua vez, o Tribunal a quo denegou a ordem, indeferindo o pedido de liberdade provisória, sob o entendimento de que, "o art. 44 da lei n.º 11.343/06 vedou aos acusados por tráfico a liberdade provisória" (fl. 25), e sob o fundamento de que "condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não desautorizam a prisão cautelar; esta decorre das infrações em análise, não da condição pretérita do agente" (fl. 27).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de não ser possível a concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico de substâncias entorpecentes, por haver vedação constitucional e legal.

De fato, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

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. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA E APELO EM LIBERDADE. VEDAÇÃO LEGAL. IRREGULARIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVENTUAIS VÍCIOS SUPERADOS. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICIALIDADE. SENTENÇA PROFERIDA. PRETENSÃO DE APRECIAÇÃO DE PEDIDO DE EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO EM OUTRO WRIT PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUESTÃO NÃO APRECIADA NA ORIGEM.

1. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória (e do apelo em liberdade) 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.

[...]

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem." (HC 107.110/GO, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 17/12/2010; sem grifo no original.)

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*.

Assim, com amparo nos precedentes e nos posicionamentos acima apresentados, conclui-se que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu acusado da prática de crime hediondo ou equiparado.

Ainda que assim não fosse, no caso, verifica-se que a Paciente foi presa em flagrante com 19 (dezenove) invólucros contendo crack e, conforme ressaltado pelo juízo processante, *"responde a outro processo por tráfico, destarte de 2010, onde foi beneficiada com liberdade provisória, a qual verifica-se não ter feito jus"* (fl. 14).

Cumprе esclarecer, por fim, que a existência de condições pessoais favoráveis – tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa – não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, DENEGO a ordem, com a recomendação de urgência no julgamento do recurso de apelação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0260347-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 223.520 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1002011 2306402220118260000 50110036522

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : IRIS SOARES DOS SANTOS (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, com recomendação, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.