



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.344 - MG (2010/0178290-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARUZAM ALVES DE MACEDO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CARILDO CÁSSIO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. (1) LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. (2) PRÉVIO *WRIT*. ACRÉSCIMO DE OUTROS FUNDAMENTOS PARA SEGREGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (3) SEGREGAÇÃO QUE PERDURA POR MAIS DE 2 ANOS 6 MESES SEM A FORMAÇÃO DA CULPA. EXCESSO DE PRAZO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a escorreita prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. *In casu*, nota-se a ausência de fundamentação concreta para a incidência da medida excepcional, sendo a paciente primária e pequena a quantidade de droga apreendida.

2. A Lei n.º 11.464/07 possibilitou, ao alterar o artigo 2º, II, da Lei n.º 8.072/90, a concessão da liberdade provisória em face dos delitos tidos por hediondos ou equiparados, não incidindo, assim, o óbice previsto no artigo 44 da Lei n.º 11.343/06.

3. Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente nos autos da ação penal 029.08.002422-8, da Vara Criminal do Comarca de Naviraí/MS, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sob pena de revogação da medida.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 31 de maio de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.344 - MG (2010/0178290-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARUZAM ALVES DE MACEDO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CARILDO CÁSSIO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em favor de CARILDO CÁSSIO DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n.º 0512359-39.2010.8.13.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 06.07.2010 pela prática, em tese, do delito descrito no art. 33 c.c art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/06. A defesa ajuizou pedido de relaxamento de sua prisão ou liberdade provisória, mas não obteve êxito. O *decisum*, invocando a recente orientação dos Tribunais Superiores, consignou, *verbis*:

Tal posicionamento é compartilhado em sua inteireza por este Juízo que, diga-se, já fazia constar em suas decisões pela decretação de prisão preventiva que, em se tratando dos crimes previstos nos artigos 33, 34 e 37 da Lei 11.343/2006, a decisão que mantém a custódia cautelar não precisa descer a pormenores tendentes à demonstração do *periculum libertatis*, que se afigura presumido *jure et de jure*.

Com efeito, a vedação constitucional decorre do conhecimento geral de que, quase sempre, o traficante chega a esta condição após passar por estágios de aproximação do crime. Esse processo de assimilação da pessoa pelo ilícito cria ligações, que não são facilmente quebradas e deforma o caráter.

Em tal situação, sem a interrupção abrupta das atividades, somente possível com a privação da liberdade, há grave risco de que o explorador do tráfico volte ao comércio ilícito, impulsionado por forças externas e internas, assim que ganhe as ruas. (fl. 67)

Incorformada, ajuizou prévio *writ* perante o tribunal de origem, que denegou a ordem, em acórdão assim sintetizado:

"HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRISÃO EM FLAGRANTE - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06 - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. 1. Embora a Lei nº 11.464/07 tenha dado nova redação ao art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, retirando do seu texto a expressão liberdade provisória, esta não pode ser concedida ao agente acusado da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática do delito de tráfico de drogas, em razão da vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06. 2. O art. 44 da Lei 11.343/06 não é inconstitucional, tampouco foi revogado pela Lei 11.464/07, em face do princípio da especialidade. 3. O indeferimento do pedido de Liberdade Provisória decorre do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que considera inafiançável o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. 4. Como se não bastasse, a decisão que indeferiu o pedido de Liberdade Provisória fundamentou-se na presença dos pressupostos da prisão preventiva, nos termos do estatuído no art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Condições pessoais, por si sós, não autorizam a desconstituição da custódia cautelar, quando presentes outros elementos que a justifiquem.

Alegam os impetrantes que a simples invocação da vedação legal não constitui fundamento idôneo para indeferir o pedido de liberdade provisória em favor dos acusados do delito de tráfico de drogas. Citam precedentes do Supremo Tribunal Federal em reforço à sua tese.

Argumentam, ademais, que a manutenção da prisão não está fundamentada em dados concretos, que demonstrem sua necessidade, não se revelando a gravidade em abstrata do delito motivo legítimo para justificar a custódia cautelar do paciente.

Sustentam, em síntese, que não se encontram presentes os requisitos que autorizam a manutenção da custódia cautelar do paciente, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Salientam que ele é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita.

Destacam, ainda, a pequena quantidade de droga apreendida em seu poder.

Requerem, liminarmente e no mérito, a concessão de liberdade provisória ao paciente.

A liminar restou indeferida, consoante os termos da decisão de fls. 79/84, sendo que o Ministério Público Federal, em sua manifestação de praxe, opinou pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado (fl. 142):

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. QUANTIDADE SUBSTANCIAL DE DROGAS APREENDIDAS (15 PORÇÕES DE 'CRACK' – 4,93g). PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO PEDIDO.”

Registre-se, também, que a ação penal em primeira instância restou concluída com a condenação do Paciente em 2 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais multa, por incurso nos tipos do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e art. 180, *caput*, do CP, e na forma do art. 69 deste Diploma Legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.344 - MG (2010/0178290-8)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. (1) LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. (2) PRÉVIO *WRIT*. ACRÉSCIMO DE OUTROS FUNDAMENTOS PARA SEGREGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (3) SEGREGAÇÃO QUE PERDURA POR MAIS DE 2 ANOS 6 MESES SEM A FORMAÇÃO DA CULPA. EXCESSO DE PRAZO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a escorreita prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. *In casu*, nota-se a ausência de fundamentação concreta para a incidência da medida excepcional, sendo a paciente primária e pequena a quantidade de droga apreendida.

2. A Lei n.º 11.464/07 possibilitou, ao alterar o artigo 2º, II, da Lei n.º 8.072/90, a concessão da liberdade provisória em face dos delitos tidos por hediondos ou equiparados, não incidindo, assim, o óbice previsto no artigo 44 da Lei n.º 11.343/06.

3. Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente nos autos da ação penal 029.08.002422-8, da Vara Criminal do Comarca de Naviraí/MS, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sob pena de revogação da medida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De saída, cumpre advertir que a manutenção da custódia cautelar pela sentença condenatória não ousou afirmar fundamento novo em relação ao que já havia sido delineado pelo Juízo Singular, o que permite, excepcionalmente, a análise do contexto heróico nesta oportunidade.

Em suma, a questão agitada no presente *writ*, bem como a controvérsia extraída do contexto da causa, diz com a proibição de liberdade provisória prevista na Lei 11.343/06, mormente no argumento de que a mera referência ao dispositivo legal não é justificativa para a manutenção em cárcere.

Nesse ponto, urge retomar o ponto nodal do entendimento do Juízo Singular, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal posicionamento é compartilhado em sua inteireza por este Juízo que, diga-se, já fazia constar em suas decisões pela decretação de prisão preventiva que, em se tratando dos crimes previstos nos artigos 33, 34 e 37 da Lei 11.343/2006, a decisão que mantém a custódia cautelar não precisa descer a pormenores tendentes à demonstração do *periculum libertatis*, que se afigura presumido *jure et de jure*.

Com efeito, a vedação constitucional decorre do conhecimento geral de que, quase sempre, o traficante chega a esta condição após passar por estágios de aproximação do crime. Esse processo de assimilação da pessoa pelo ilícito cria ligações, que não são facilmente quebradas e deforma o caráter.

Em tal situação, sem a interrupção abrupta das atividades, somente possível com a privação da liberdade, há grave risco de que o explorador do tráfico volte ao comércio ilícito, impulsionado por forças externas e internas, assim que ganhe as ruas. (fl. 67)

Pela leitura da decisão que negou a liberdade provisória e do aresto guerreado, nota-se patente carência de motivação concreta para embasar a segregação cautelar do paciente, sendo sua liberação medida impositiva.

Dúvida não há de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não se compactuando com a automática determinação/manutenção de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. Ora, é-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da ideia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentida de imanente falibilidade.

A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito à compreensão dissonante, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção *jure et de jure* da necessidade da custódia cautelar em se tratando de flagrante. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Confira-se, a propósito, a lição do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo aposentado e Professor da Faculdade de Direito da USP, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

"Assim, recebida a comunicação sobre a prisão em flagrante, incumbe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao juiz competente verificar não apenas os aspectos relacionados à sua *legalidade*, constatando a *tipicidade* do fato que a ensejou, a ocorrência de uma das situações em que a lei considera haver *flagrante* (art. 302), bem como o atendimento das diversas formalidades estabelecidas pelo legislador para a validade do ato (especialmente os arts. 304 a 306 do CPP), mas também a *necessidade* da manutenção da custódia, pois, em caso contrário, deve ser concedida ao preso a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Trata-se, portanto, de uma decisão complexa, em que diversas questões de fato e de direito devem ser analisadas para que se possa chegar a uma conclusão sobre a manutenção de uma prisão que só excepcionalmente foi realizada sem a prévia ordem judicial. A inversão na ordem natural das coisas, admissível em face das circunstâncias mencionadas, não implica, é óbvio, a dispensa de uma cognição que, na verdade, deve ser tão completa e aprofundada quanto aquela realizada quando o juiz decide ordenar uma prisão.

Daí a indispensável exigência de que essa decisão seja integralmente justificada: quanto à *legalidade*, devem ser explicitadas as razões pelas quais se entende válido o flagrante; quanto à *necessidade*, nos mesmos moldes em que tal dever é imposto em relação ao provimento em que se decreta a prisão preventiva" (*A motivação das decisões penais*, São Paulo, RT, 2001, p. 226-227).

Além do mais, embora a decisão de primeiro grau, em algum momento, encaminhe o operador a compreender a motivação pelo fato de o Paciente ser "traficante", penso que tal fato não veio indicado de forma evidente, isto quer dizer, com a presença de elemento concreto a justificar a manutenção da prisão antes do trânsito em julgado.

Cuida-se de decisão estereotipada, com o devido respeito, já que elabora um silogismo a partir de um único fato e, ao final, conclui, genericamente, tratar-se de fato grave e de agente perigoso.

Cuida-se de afronta à garantia da motivação das decisões judiciais o *decisum* que justifica a prisão da forma supracitada. Como medida extrema, dotada de absoluta excepcionalidade, deve ser a prisão provisória justificada em motivos concretos, e, ainda, que indiquem a necessidade cautelar da prisão, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência.

Assim, não havendo a indicação de elementos específicos, tais como a existência de outros processos, a medida cautelar não pode subsistir, por falta de motivação idônea.

Essa tem sido a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, abominando-se a fundamentação da manutenção da prisão em flagrante calcada apenas em proposições genéricas:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. A liberdade provisória de que cuida o artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, no caso, pois, de prisão em flagrante, está subordinada à certeza da inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

4. O *decisum* que indefere liberdade provisória há de substanciar-se no fato-crime e no homem-autor concretos, não bastando, contudo, a alusão simples à gravidade e às circunstâncias do fato.

5. Ordem concedida." (HC 57133/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 03.09.2007)

"HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE EM CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE. OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

- A manutenção da prisão cautelar - decorrente de indeferimento de liberdade provisória - deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado deve apontar os elementos concretos, mostrando-se ilegítimo fundamentar a medida extrema tão-só com base em imperativo legal.

- Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90.

- Ainda que o delito apurado em processo criminal seja catalogado como hediondo ou equiparado, o magistrado está obrigado a fundamentar a decisão que denega a liberdade provisória a partir dos motivos que autorizam a prisão preventiva, dada a natureza cautelar da prisão em flagrante.

- Ordem concedida para que o paciente responda ao processo em liberdade."

(HC 56.219/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 15.08.2006, DJ 19.03.2007 p. 395)

"Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante (caso). Liberdade provisória (indeferimento). Fundamentação (caráter hediondo do crime).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sentença condenatória recorrível (superveniência). Ilegalidade (protramento).

1. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.

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. A decisão que indeferiu a liberdade provisória louvou-se apenas no caráter hediondo do crime, faltando-lhe, pois, os indispensáveis fundamentos justificativos.

(...)

6. Ordem concedida."

(HC 94.114/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 01/09/2008)

Relativamente ao óbice legal suscitado, não há falar em sua incidência no caso em apreço.

A propósito da discussão, nesta Corte tem havido divergência quanto à necessidade de justificar a prisão quando o agente é preso em flagrante pela suposta prática de alguns dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece:

"A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

Ao ensejo, veja-se o seguinte precedente da relatoria do Ilustre Ministro Hamilton Carvalhido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. VEDAÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL.

1. O réu denunciado por crime equiparado a hediondo, preso cautelarmente, em razão de flagrante delito, não tem, por força do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que deu cumprimento à Constituição da República (artigo 5º, inciso XLIII), direito à liberdade provisória, com ou sem fiança.

2. Em casos tais, a prisão do réu decorre de imperativa determinação legal e constitucional, fazendo-se despicenda toda e qualquer motivação a respeito da necessidade da custódia, que ainda é de natureza cautelar e de necessidade presumida de forma absoluta pela lei.

3. Recurso improvido."

(RHC 17944/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 05/02/2007 p. 380)

Tal posição, diga-se a respeito, foi corroborada pela maioria dos Ministros da Terceira Seção em sede de julgamento de questão de ordem no HC n.º 76.779/MT. Ei-lo:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE NORMA CONSTITUCIONAL.

I - O art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.

II - Essa orientação já é assente no c. Pretório Excelso, como se depreende do HC nº 83468/ES, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 27/02/2004, no qual restou consignado, *litteris*: '(...) a proibição de 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' (Ministro Sepúlveda Pertence);

'Sendo o crime inafiançável, ele não comportaria mesmo a liberdade provisória. E a Lei nº 8.072, art. 2º, inciso II, ao falar que não cabem a 'fiança e liberdade provisória'" de certa forma foi até um pouco redundante, não haveria nem necessidade da ressalva' (Ministro Carlos Ayres Britto);

'Essa circunstância (a inafiançabilidade contida no art. 5º, XLIII, da CF) (...) afasta a liberdade provisória (...), porque se nem mesmo com fiança é possível, o que se dirá sem a fiança' (Ministro Marco Aurélio).

III - Esse entendimento foi recentemente confirmado pela c. Suprema Corte (HC 89068/RN, 1ª Turma, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 23/02/2007; HC 89183/MS, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25/08/2006 e HC 86118/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ de 14/10/2005) e, também, por esta Corte (HC 67145/GO, 5ª Turma, Relª Ministra Laurita Vaz, DJ de 02/04/2007; HC 69566/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 09/04/2007 e HC 55984/SC, 6ª Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 09/04/2007).

IV - Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da nova lei de tóxicos (regra específica) "são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" (art. 44 da Lei nº 11.343/06).

Writ denegado."

(HC 76779/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJe 04/04/2008)

Naquele julgamento sustentei que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, devendo resultar de ato motivado do juiz, tal como apregoadado pelo Min. Ricardo Lewandowsky nos autos da ADI 3112-1, na qual foi declarada a inconstitucionalidade parcial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Estatuto do Desarmamento, *verbis*: "O que não se admite, repita-se, é uma prisão *ex lege*, automática, sem motivação."; e que a revogação da restrição contida no artigo 44 da Lei n.º 11.343/06, pela Lei n.º 11.464/07, decorre de um raciocínio lógico, amparado no princípio da isonomia.

Consignei, na mesma ocasião, que "entendo como revogada a restrição contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, cumprindo ao juiz, no caso concreto, examinar o cabimento, ou não, da liberdade provisória, à luz dos elementos que dispuser. É inviável, penso, ao Poder Judiciário ater-se a fórmulas, preestabelecendo hipóteses em que se dispensa o magistrado do dever de fundamentar suas decisões, criando assim uma exceção ao art. 93, IX, da Lei Maior, sem expressa autorização constitucional."

Desconsiderar o teor da Lei n.º 11.464/07, ou entender que tal comando normativo não se aplica à Lei n.º 11.343/06 - sendo que ambas são comandos normativos de mesma hierarquia - é realizar, a meu ver, uma distinção judicial que nem mesmo foi empreendida pelo Texto Maior. Com efeito, não é dado ao Poder Judiciário, sob pena de se incorrer em vedado arbítrio, promover a diferenciação, criando-se, de modo sinuoso, uma nova categoria, ao arrepio da lei e da Constituição.

Desprezando-se a nova redação do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, haverá, também, a violação do princípio da proporcionalidade. Tal decorre do fato de se empreender uma disciplina mais rígida para o crime de tráfico, o qual é equiparado a hediondo pela Constituição Federal. Sobreleve-se o fato de que, dentre os hediondos, há crimes punidos mais intensamente do que o delito de tráfico de drogas, como o homicídio qualificado, e nem por isso a nova regra da liberdade provisória deixará de ser aplicada a eles.

A respeito, especificamente, dos efeitos da Lei n.º 11.464/07, várias são as manifestações doutrinárias acerca de sua incidência sobre a Lei n.º 11.343/06, nas quais se enfatiza a possibilidade de concessão de liberdade provisória em casos de prisão em flagrante por tráfico de drogas.

Para começar, cita-se o seguinte trecho do ensaio elaborado pelo representante do Ministério Público de São Paulo e Mestre em Direito Penal, RENATO MARCÃO:

"A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Nova Lei de Tóxicos), entrou em vigor no dia 8 de outubro de 2006, e seu art. 44, *caput*, veda expressamente a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, em se tratando da prática de crimes previstos no art. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37.

A nova disciplina imposta pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, derogou o art. 44 da Nova Lei de Tóxicos e, portanto, não subsiste a regra proibitiva do benefício em questão.

Note-se que a Lei nº 11.464/07 é posterior à Nova Lei de Tóxicos e a redação do art. 2.º, *caput*, da Lei nº 8.072/90 foi mantida, estando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preservada sua aplicação aos crimes hediondos, tortura, *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* e terrorismo.

É indiscutível o cabimento, em tese, de liberdade provisória, sem fiança, em se tratando de crime de tráfico de drogas e delitos equiparados, previstos na Nova Lei de Tóxicos. A opção legislativa neste sentido restou clara." (Lei nº 11.464, de 28.03.2007: novas regras para a concessão de liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados, In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 248, p. 50).

No mesmo diapasão, traz-se à colação as palavras do Juiz de Direito em Minas Gerais, PAULO HENRIQUE ARANDA FULLER:

"Seguindo a orientação predominante nos Tribunais Superiores, no sentido de mitigar a obrigatoriedade legal (abstrata) da manutenção da prisão em flagrante por crime hediondo ou equiparado, a Lei nº 11.464/07 suprimiu a proibição do regime de liberdade provisória sem fiança (art. 310, *caput* e parágrafo único, do CPP), contida na redação original do art. 2.º, inciso II, da Lei n. 8.072/90, que passou a declarar a insuscetibilidade apenas da fiança (liberdade provisória com fiança), cuja proibição emana diretamente do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Com isso, cessa a malfadada presunção legal (que reputamos inconstitucional, em face do estado de inocência) de necessidade de subsistência da prisão em flagrante, restituindo-se ao magistrado a tarefa de aferir, diante das especificidades do caso concreto, a presença da cautelaridade (*periculum libertatis*) inerente a esta medida de coerção pessoal, a qual nunca pode ser afastada de seu caráter instrumental (assegurar a efetividade do processo), sob pena de se transformar em mera antecipação de pena. (...)

O cabimento do regime de liberdade provisória sem fiança ensejou ainda a almejada unidade de tratamento entre crimes hediondos e equiparados, inclusive em relação ao crime de tortura, para o qual já era admitido o sucedâneo da prisão em flagrante, a teor do art. 1.º, § 6.º, da Lei n. 9.455/97" (Primeiras impressões a respeito da alteração da lei dos crimes hediondos (Lei n. 11.464/07), In: *Boletim IBCCrim*, ano 15, n. 174, maio, 2007, p. 18).

Assim, com o maior respeito aos que entendem de forma diversa, acredito ser absolutamente necessária a justificativa do cárcere em torno de dados concretos, e não meramente expositivos da letra da lei. Vejam-se, por sinal, os seguintes precedentes:

"PENAL PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE DO CRIME. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.464/07. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 2. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RENOVAÇÃO DO FUNDAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR. PERPETUAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ilegal é a prisão mantida por força de decisão que se funda apenas na gravidade abstrata do crime, sem indicar elementos concretos a justificar a medida. Com a alteração trazida à Lei dos Crimes Hediondos pela Lei 11.464/07, indispensável se torna a motivação concreta da necessidade da manutenção do prisão em flagrante pela autoridade judicial, em consonância com as garantias constitucionais da motivação das decisões judiciais e da presunção de inocência.

2. Sobrevinda a sentença condenatória, se esta não traz novos elementos para justificar a manutenção da prisão, limitando-se a renovar os mesmos argumentos da decisão anterior, perpetua-se o constrangimento ilegal, possibilitando a análise por esta Corte sem receio de indevida supressão de instância.

3. Ordem concedida."

(HC 76.324/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJe 29/09/2008)

"*HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DOS DENUNCIADOS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE A *QUO*. PRISÃO EM FLAGRANTE OCORRIDA EM 7 DE ABRIL DE 2008. EXCESSO DE PRAZO. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. A questão referente ao alegado cerceamento de defesa não foi submetida ao Tribunal de origem, o que inviabiliza a apreciação do pedido, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Segundo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, a configuração de excesso de prazo na formação da culpa não decorre de mera soma aritmética. A questão deve ser aferida segundo critérios de razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

3. Na hipótese, a instrução criminal vem se desenvolvendo em ritmo compatível com a sua natureza, tendo sido necessária a expedição de cartas precatórias para intimação de várias testemunhas, bem como dos réus, presos em comarcas diversas daquela em que se processa a ação penal. Impõe-se notar que a defesa também contribuiu para a demora (Súmula 64/STJ), em face do atraso na entrega dos endereços das testemunhas que arrolou, sendo certo, ainda, que o processo se encontra em fase final de instrução.

4. Por outro lado, a ordem deve ser concedida, de ofício, ante a ausência de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória aos ora pacientes.

5. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, 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 que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Destarte, a vedação contida na Lei nº 11.343/06, não se presta para justificar a segregação cautelar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ademais, a gravidade do delito e o desassossego que a atividade delituosa em questão traz à sociedade constituem motivos abstratos e insuficientes à configuração da ameaça à ordem pública, exigindo-se para tanto a existência de fatos a evidenciarem a periculosidade concreta dos agentes e a probabilidade real de reiteração delituosa.

7. *Habeas corpus* conhecido em parte, e, nessa parte, denegado. De ofício, expeço a ordem para deferir liberdade provisória aos pacientes."

(HC 128.609/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA DENEGADA. GRAVIDADE GENÉRICA. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS *IN CONCRETO*. 2. ORDEM CONCEDIDA.

1. A necessidade da manutenção da prisão em flagrante deve ser demonstrada, concretamente, com alguma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, não se admitindo a prisão *ex legis*. Em razão disso, não se justifica a manutenção em cárcere em razão da natureza do crime cometido ou mesmo porque genericamente se possa extrair o risco à ordem pública ou à aplicação da lei penal.

No caso, em se tratando de crime de tráfico em que muito reduzida a quantidade de entorpecentes, e em se tratando de ré primária e de bons antecedentes, é de rigor a soltura.

3. Ordem concedida para permitir que a paciente aguarde o trânsito em julgado da ação penal em liberdade, se por outro motivo não estiver preso."

(HC 129.854/MT, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 14/09/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – LIBERDADE PROVISÓRIA – PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA QUE NÃO SE ESTENDE ÀS DEMAIS FORMAS DE LIBERDADE PROVISÓRIA – LEI 11.464/07 QUE SÓ PROÍBE A FIANÇA, REVOGANDO IMPLICITAMENTE A PROIBIÇÃO CONTIDA NA LEI 11.343/06, DADA SUA APLICAÇÃO GERAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS PREVISTOS EM QUALQUER ESTATUTO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1- O princípio constitucional de inocência impede a prisão cautelar quando não se encontrarem presentes os seus requisitos, fundados em fatores concretos.

2- A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança.

3- A Lei 11.464/07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de alcance geral em relação a todos os crimes dessa natureza.

4- Na decisão que nega a liberdade provisória, a ausência de enunciação de fatos concretos, indicadores dos fundamentos de cautelaridade previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelam constrangimento ilegal.

5- Negado provimento ao recurso."

(AgRg no HC 111.250/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009)

"PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* - TRÁFICO DE DROGAS - NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FUNDAMENTAÇÃO – PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA QUE NÃO SE ESTENDE ÀS DEMAIS FORMAS DE LIBERDADE PROVISÓRIA – LEI 11.464/07 QUE SÓ PROÍBE A FIANÇA, REVOGANDO IMPLICITAMENTE A PROIBIÇÃO CONTIDA NA LEI 11.343/06, DADO SEU CARÁTER GERAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS – ORDEM CONCEDIDA MEDIANTE A LAVRATURA DE TERMO.

1- A vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime.

2- A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança.

3- A Lei 11.464/07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de natureza geral em relação a todos os crimes dessa natureza.

4- Ordem concedida mediante a lavratura de termo."

(HC 100.567/SC, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 29/09/2008)

"Prisão em flagrante (tráfico de entorpecente). Liberdade provisória (indeferimento). Falta de fundamentação (alegação). 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 carece de suficiente motivação, falta-lhe validade, decorrendo daí ilegal coação.

3. No caso, a autoridade judicial apontou a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06 e a quantidade da droga (cocaína e ecstasy) como motivação, o que, por si só, não justifica a medida constritiva.

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

(HC 137.657/GO, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 29/06/2009, DJe 08/09/2009)

"PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE – NULIDADE – DEFESA PRELIMINAR FEITA POR DEFENSOR DATIVO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE DOS DEMAIS ATOS DE DIFÍCIL COMPROVAÇÃO – NECESSIDADE DE EXAME DOS AUTOS. EXCESSO DE PRAZO SUPERADO COM A SENTENÇA. PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA – RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - RECONHECIMENTO IMPLÍCITO NA SENTENÇA PELO DEFERIMENTO DE CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E PARCIALMENTE CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1- Só a ausência de defesa anula o processo, sendo que a sua deficiência não tem o condão de fazê-lo.

2- Conquanto a ampla defesa compreenda, no aspecto da defesa técnica, a escolha do advogado, se o réu notificado para apresentar defesa preliminar nos crimes previstos na Lei 11.343/06, não o faz e o Juiz, sem notificar pessoalmente o advogado constituído, escoado o prazo legal, nomeia-lhe defensor, que a faz a contento, não se comprovando qualquer prejuízo ao acusado, não há que se declarar eventual nulidade.

3- Não se pode reconhecer no habeas corpus nulidades que dependam de investigação dos atos processuais ocorridos no processo.

4-Eventual excesso de prazo fica superado com a prolação da sentença.

5- A vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime.

6- A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança.

7- A Lei 11.464/07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de natureza geral em relação a todos os crimes dessa natureza.

8- Ordem parcialmente prejudicada, e parcialmente concedida."

(HC 89.913/GO, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 24/03/2008)

Assim, tratando-se de crime de tráfico, limitando-se o primeiro grau a dizer que o traficante não faz jus à liberdade provisória e não tendo havido a indicação precisa de condições desfavoráveis em torno do acusado, muito embora tenha afirmado que ele era traficante contumaz, resta desprovido de fundamentação o *decisum* que mantém a prisão cautelar.

Lembro, por fim, que a quantidade de droga apreendida, isto é, pouco mais de quatro gramas do entorpecente conhecido como "crack", não pode ser considerada como de grande vulto, a ponto de consignar a existência de comércio intenso e volumoso.

Ante o exposto, **concedo a ordem para deferir liberdade provisória ao paciente** nos autos da ação penal 0126.10.1491-2, da Vara Única da Comarca de Capinópolis, MG, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sob pena de revogação da medida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0178290-8

HC 186.344 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000100512359 1261013591 5123593920108130000

EM MESA

JULGADO: 31/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARUZAM ALVES DE MACEDO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : CARILDO CÁSSIO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

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