



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.837 - ES (2011/0051486-9)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ALEX SANDRO DA SILVA
PACIENTE : MARIA DA PENHA MENDES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DENEGADA.

1. O Paciente foi preso em flagrante delito, com 375 pedras de *crack*, que estavam escondidas na cueca.

2. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos 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 da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida e pelos indícios de envolvimento do Paciente com quadrilha perigosa, organizada para disseminar entorpecentes, o que evidencia risco à ordem pública.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.837 - ES (2011/0051486-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ALEX SANDRO DA SILVA
PACIENTE : MARIA DA PENHA MENDES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX SANDRO DA SILVA e MARIA DA PENHA MENDES – presos em flagrante, no dia 23 de junho de 2010, e denunciados pela suposta prática do crime tipificado nos arts. 33 e 35, da Lei 11.343/06 –, contra acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, como se vê da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIA QUE AUTORIZA SUPOR EXERCÍCIO DE TRAFICÂNCIA NÃO EVENTUAL. ORDEM PÚBLICA EM SITUAÇÃO DE RISCO PERMANENTE. CAUTELA NECESSÁRIA. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão que indefere pedido de liberdade provisória mostra-se adequada e justificada, quando comprovada a materialidade do delito e a presença de provas da autoria, desde que respaldada pela garantia da ordem pública, a qual revela-se pela gravidade em concreto do delito, demonstrando o elevado grau de periculosidade dos pacientes, que foram presos em flagrante com enorme quantidade de crack (375 pedras).

2. Ordem denegada." (fl. 47)

Alega a Impetrante, em suma, ausência de fundamentação da decisão que manteve a prisão cautelar dos Pacientes. Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória.

Foram dispensadas as informações do órgão jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 69/73, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.837 - ES (2011/0051486-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DENEGADA.

1. O Paciente foi preso em flagrante delito, com 375 pedras de *crack*, que estavam escondidas na cueca.

2. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos 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 da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida e pelos indícios de envolvimento do Paciente com quadrilha perigosa, organizada para disseminar entorpecentes, o que evidencia risco à ordem pública.

4. Ordem denegada.

VOTO

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

Os ora Pacientes foram denunciados pelos seguintes fatos:

"Consta do Inquérito Policial N.º 113/10, que instrui a presente, que no dia 23 de junho de 2010, por volta das 16:00 horas, Policiais Militares ao fazerem ronda de rotina no bairro Canaã, neste Município e Comarca, perceberam que o denunciado Alex Sandro da Silva, vulgo "Boquinha", comportava-se de maneira suspeita, resolveram abordá-lo e, ao revistarem, encontraram 375 (trezentos e setenta e cinco) "pedras de crack", que estavam escondidas na cueca, conforme auto de apreensão de fls. 11 e auto de constatação preliminar de fls. 10.

Consta ainda, que ao ser interrogado pela autoridade policial o denunciado afirmou que da quantidade de droga apreendida em seu poder apenas 20 (vinte) "pedras de crack" lhe pertenciam e ria vender pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais) cada, sendo que as demais o denunciado iria entregar para a denunciada Maria da Penha Mendes, vogo "Baiana", conhecida traficante daquela região.

Ainda consta, que a droga apreendida era oriunda do município de Serra/ES, proximidades do Terminal de Carapina, de uma pessoa conhecida por Luiz, vulgo "Luizinho".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, apurou-se que os denunciados e a pessoa identificada pelo epíteto de "Luizinho" se associaram, de forma estável e permanente para cometerem o tráfico ilícito de entorpecentes." (fl. 29)

A questão suscitada, em síntese, diz respeito à possibilidade de se conceder o benefício da liberdade provisória aos réus presos em flagrante delito por tráfico ilícito de drogas.

O Juízo da 1.^a Vara Criminal de Viana/ES indeferiu o pedido de liberdade provisória dos Pacientes com base na vedação ao benefício trazida pela Lei n.º 11.343/06 e nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

O benefício da liberdade provisória foi negado, ainda, porque *"a existência dos fatos são inquestionáveis e os indícios de autoria se evidenciam, devendo ainda, ser considerada a sua gravidade, inclusive dada a quantidade de droga apreendida, qual seja, 375 (trezentos e setenta e cinco) pedras da substância conhecida como "crack" (fl. 34).*

O Tribunal de origem, confirmando a decisão do Juízo de primeiro grau, manteve a prisão da Paciente, com base nos seguintes fundamentos:

"Muito embora não admita a utilização da vedação expressa à liberdade provisória, constante no art. 44, da Lei 11.343/06, como forma de manter a prisão cautelar dos agentes acusados por tráfico de drogas, verifico que, no caso, a Exma. Juíza a quo também demonstrou a existência dos requisitos insertos no art. 312, do Código de Processo Penal, principalmente com relação à garantia da ordem pública.

Isto porque, a conduta, em tese, praticada pelos ora Pacientes e pelos demais acusados revela-se extremamente grave, pois foram flagrados em poder de 375 (trezentos e setenta e cinco) pedras de crack.

Desse modo, tenho que a gravidade em concreto da conduta revela, pois, sua real periculosidade, na medida em que não é leviano supor de seu envolvimento com quadrilha organizada voltada para a disseminação de drogas ilícitas.

Nessas situações, o Superior Tribunal de Justiça é enfático em validar o decreto de prisão preventiva, senão vejamos:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Hipótese em que a Paciente foi presa em flagrante por supostamente traficar 1.050 gramas de cocaína armazenadas no guarda-roupas de sua residência. 2. (...). 4. Não obstante o óbice acima mencionado, acrescenta-se que o Magistrado de instância prima, ao indeferir o pedido de liberdade provisória da Paciente, fundamentou a segregação cautelar com base na garantia da ordem pública e aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da lei penal, tendo em vista principalmente a quantidade de droga apreendida e o fato de haver indícios de que exercia habitualmente a traficância. 5. Habeas corpus denegado." (HC 174008 / MS - Relator(a) Ministra LAURITA VAZ - T5 - DJ 05/10/2010 - STJ).

Diante desta análise, observa-se que o indeferimento da liberdade provisória dos Pacientes encontra-se devidamente fundamentado, para garantia da ordem pública - periculum libertatis -, requisito este elencado no art. 312, do CPP, ao passo que a materialidade do crime está comprovada e existem sérios indícios de autoria criminosa por parte dos mesmos.

Desse modo, entendo que, neste momento processual, imperiosa se faz a manutenção da segregação cautelar dos Pacientes, diante de todos os motivos aqui expostos, nada impedindo, todavia, que a MMª. Juíza a quo após a colheita das provas, constatado o desaparecimento dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, conceda ao mesmo o benefício da liberdade provisória." (fls. 49/50)

O writ não pode ser concedido.

Com efeito, 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.

Confirmam-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. **Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.** Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

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. [...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

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***.

Portanto, 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.

Ressalte-se, ademais, que as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida e pelos indícios de envolvimento do Paciente com quadrilha perigosa, organizada para disseminar entorpecentes, o que evidencia risco à ordem pública.

Cumpre 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.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0051486-9

HC 199.837 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100100037793 29412010 50100023063

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: ALEX SANDRO DA SILVA
PACIENTE	: MARIA DA PENHA MENDES
ADVOGADO	: THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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