



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 129.637 - SP (2009/0033242-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIEGO APARECIDO SANTOS DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA E DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO, À MÍNGUA DE ELEMENTOS CONCRETOS, QUE JUSTIFIQUEM A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA (ART. 44 DA LEI 11.343/2006). DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A decisão agravada – que concedeu a ordem, para garantir, ao paciente, o direito de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação – deve ser mantida, eis que está em conformidade com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir de 10/05/2012, quando foi declarada, incidentalmente, pelo Plenário do STF, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006 que vedava o benefício da liberdade provisória aos delitos de tráfico de drogas.

II. Não havendo fundamentação idônea, com base em fatos concretos, quanto à necessidade da prisão do paciente, com demonstração da existência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do CPP), deve ser revogada a custódia cautelar.

III. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 05 de março de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 129.637 - SP (2009/0033242-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão da lavra do Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), então Relator, que concedeu a ordem, em sede de **Habeas corpus**, impetrado em face de acórdão da 2.^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Insurge-se o agravante contra o entendimento firmado na decisão agravada, tendo em vista que "a decisão agravada, embora sem declarar a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06 (contendo vedação expressa à concessão de liberdade provisória no crime de tráfico), afastou a aplicação do dispositivo legal com base no art. 5º, LVII, da CF, o que equivale a declarar a sua inconstitucionalidade" (fl. 234e), importando em "violação à cláusula constitucional do full bench (CF, art. 97) e à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal" (fl. 234e).

Sustenta que haveria "duplo óbice à concessão de liberdade provisória no crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins: um, de ordem legal, consubstanciado na expressa vedação ao benefício contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, norma especial em relação à do art. 310 do CPP, Parágrafo Único; outro, de extração constitucional, consistente na cláusula constitucional de inafiançabilidade imposta pelo art. 5.º, XLIII, da CF à legislação ordinária. Ambos os óbices à concessão da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas são suficientes, por si sós, à manutenção da custódia cautelar, independente da demonstração por elementos concretos do periculum libertatis" (fl. 235e).

Requer, desse modo, "a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não entenda, o provimento do presente agravo regimental" (fl. 238e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 129.637 - SP (2009/0033242-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não assiste razão ao agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que a ordem foi concedida, nos seguintes termos:

"Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Diego Aparecido Santos da Silva, condenado, pela prática de tráfico de drogas, à pena de 5 anos de reclusão, no regime fechado, e multa, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, buscando ver assegurado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

A liminar foi indeferida pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator, à fl. 123.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações às fls. 130/131. A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 183/188), opinou pela denegação da ordem.

Tenho, contudo, que a ordem deve ser deferida.

Com efeito, **a Sexta Turma desta Corte tem reiteradamente proclamado que, mesmo nas hipóteses de crimes hediondos ou equiparados, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, e, isso, inclusive em relação aos acusados da prática de tráfico de entorpecentes presos em flagrante, não obstante a vedação contida no artigo 44 da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, eis que entendido que a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção.**

Na hipótese, disse o magistrado de primeiro grau:

"Trata-se de pedido de liberdade provisória formulado em favor de Diego Aparecido dos Santos da Silva.

O Ministério Público opinou pelo indeferimento.

Breve relato. Decido.

O pedido comporta indeferimento.

O investigado deverá permanecer encarcerado, tendo em vista a gravidade do crime supostamente cometido, que é equiparado aos hediondos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há relato de que tentou esconder o entorpecente na bolsa da moça que o acompanhava, o que está a indicar que há insegurança para a aplicação da lei penal.

Assim, como também a garantia da ordem pública está insegura com sua soltura, indefiro o pedido." (fl. 27)

Assim, o Juiz de primeiro grau indeferiu a liberdade provisória com base na gravidade abstrata do delito, tecendo, ainda, considerações de ordem genérica acerca de suposta insegurança para a aplicação da lei penal e garantia da ordem pública, fundamentos inidôneos à manutenção da segregação cautelar, notadamente se não demonstrada de forma concreta a imprescindibilidade da medida, evidenciado, dessarte, o constrangimento ilegal.

Vejam-se:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. VEDAÇÃO DA LEI Nº 11.343/2006. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não há constrangimento ilegal se o alegado excesso de prazo decorre da necessidade de oitiva de testemunhas por meio de cartas precatórias.

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

3. No caso, a negativa da liberdade provisória não está fundamentada em fatos concretos, mas tão-só na vedação legal, gravidade abstrata do crime e em referências vagas às consequências que ele causa na sociedade.

4. Ordem concedida para deferir liberdade provisória à paciente, mediante compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação."

(HC nº 109.451/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 24/11/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B - "HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRISÃO EM FLAGRANTE – AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ARTIGO 302 – INOCORRÊNCIA – LIBERDADE PROVISÓRIA – VEDAÇÃO LEGAL – GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – ORDEM CONCEDIDA.

1- Não há irregularidade na prisão em flagrante de agente penitenciário, que acaba de cometer delito, por facilitar a entrada no presídio de entorpecentes, que foram logo em seguida encontrados com um interno.

2- A Lei 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.

Precedentes desta 6ª Turma.

3- A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória do paciente deve ser devidamente fundamentada com dados objetivos do processo, sob pena de lhe causar ilegal constrangimento.

4- A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, meras conjecturas de continuação da atividade delituosa e sentimento social de impunidade, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculada de qualquer fator concreto.

5- Se não estão presentes os elementos fáticos, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular.

6- Ordem concedida."

(HC nº 112.776/MS, Relatora a Desembargadora Convocada do TJ/MG, **JANE SILVA**, DJe de 13/10/2008)

De notar que o magistrado de primeiro grau, ao proferir sentença condenatória, negou o direito de o paciente apelar em liberdade tão somente por ter permanecido preso durante o processo, bem como pela gravidade genérica do delito, não se acrescentando qualquer fato ou fundamento novo para a manutenção da custódia (fls. 119/120), permanecendo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, o constrangimento ilegal.

Ressalvo, contudo, ponto de vista em sentido contrário, entendendo ser irrelevante a discussão acerca da existência ou não de fundamentação da decisão que indefere a liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de entorpecentes, diante da vedação contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, conforme explicitado no voto proferido no HC nº 128.479/SP, do qual fui relator.

Ante o exposto, ressaltando o meu ponto de vista, atento ao entendimento dominante na Sexta Turma desta Corte, consoante anteriormente explicitado, **concedo o habeas corpus para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.**" (fls. 224/227e)

Com efeito, a decisão embargada deve ser mantida, eis que está em conformidade com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir de 10/05/2012, quando foi declarada, incidentalmente, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006 que vedava o benefício da liberdade provisória nos delitos de tráfico de drogas, **in verbis**:

"PROCESSO HC - 104339

O Plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus — afetado pela 2ª Turma — impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente. Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 (“Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, 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”). A defesa sustentava, além da inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória, o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal no juízo de origem. HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012. (HC-104339)

Tráfico de drogas e liberdade provisória - 2

Discorreu-se que ambas as Turmas do STF teriam consolidado, inicialmente, entendimento no sentido de que não seria cabível liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face da expressa previsão legal. Entretanto, ressaltou-se que a 2ª Turma viria afastando a incidência da proibição em abstrato. Reconheceu-se a inafiançabilidade destes crimes, derivada da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição (art. 5º, XLIII). Asseverou-se, porém, que essa vedação conflitaria com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal. Demonstrou-se que esse empecilho apriorístico de concessão de liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. Ocorre que a disposição do art. 44 da Lei 11.343/2006 retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), ambos do art. 5º da CF. Concluiu-se que a segregação cautelar — mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes — deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares, relativas a outros delitos dispostos no ordenamento. Impenderia, portanto, a apreciação dos motivos da decisão que denegara a liberdade provisória ao paciente do presente writ, no intuito de se verificar a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Salientou-se que a idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, dos elementos autorizadores da medida (CF, art. 93, IX). Verificou-se que, na espécie, o juízo de origem, ao indeferir o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, não indicara elementos concretos e individualizados, aptos a justificar a necessidade da constrição do paciente, mas somente aludira à indiscriminada vedação legal. Entretanto, no que concerne ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, reputou-se que a tese estaria prejudicada, pois prolatada sentença condenatória confirmada em sede de apelação, na qual se determinara a continuidade da medida acauteladora, para a garantia da ordem pública.HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012. (HC-104339)

Tráfico de drogas e liberdade provisória - 3

O Min. Dias Toffoli acresceu que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória. Afirmou que a fiança, conforme estabelecido no art. 322 do CPP, em certas hipóteses, poderia ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei. Quanto à liberdade provisória, caberia ao magistrado aferir sua pertinência, sob o ângulo da subjetividade do agente, nos termos do art. 310 do CPP e do art. 5º, LXVI, da CF. Sublinhou que a vedação constante do art. 5º, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória. O Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ricardo Lewandowski lembrou que, no julgamento da ADI 3112/DF (DJe de 26.10.2007), a Corte assinalara a vedação constitucional da prisão ex lege, bem assim que os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação de ordem prisional por parte da autoridade competente mereceriam ponderação maior se comparados à regra da inafiançabilidade. O Min. Ayres Britto, Presidente, consignou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional da prisão (art. 5º, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional. HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012. (HC-104339)

Tráfico de drogas e liberdade provisória - 4

Vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que entendiam constitucional, em sua integralidade, o disposto no art. 44 da Lei 11.343/2006. O Min. Luiz Fux denegava a ordem. Explicitava que a Constituição, ao declarar inafiançável o tráfico, não dera margem de conformação para o legislador. O Min. Joaquim Barbosa, a seu turno, concedia o writ por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão processual. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio também concedia a ordem, mas por verificar excesso de prazo na formação da culpa, visto que o paciente estaria preso desde agosto de 2009. Alfim, o Plenário, por maioria, autorizou os Ministros a decidirem, monocraticamente, os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o art. 44 da Lei 11.343/2006. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio. HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012. (HC-104339)"

Assim, declarada, pelo STF, a inconstitucionalidade da vedação legal à concessão da liberdade provisória, nos crimes de tráfico de entorpecentes, e não havendo fundamentação idônea, com base em fatos concretos, quanto à necessidade da prisão do paciente, com demonstração da existência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, previstas no art. 312 do CPP, deve ser revogada a custódia cautelar do paciente.

Nesse contexto, mostra-se despcienda a análise da tese de ofensa ao princípio da reserva de plenário, na medida em a vedação legal ao benefício da liberdade provisória (art. 44 da Lei 11.343/2006) já foi declarada inconstitucional, por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0033242-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 129.637 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4510120080133630 8822008 990080166395

EM MESA JULGADO: 05/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CORRÊA GODOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO APARECIDO SANTOS DA SILVA (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIEGO APARECIDO SANTOS DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.