



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.616 - SP (2013/0093102-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RODRIGO CORRÊA GODOY
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALINE DE PAULA CAMPOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. (1) PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PROVISÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. (2 e 3) ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ÓBICE AFASTADO. (4) ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada 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*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea para o indeferimento da liberdade provisória. (...Como se verifica dos autos, o crime aqui apreciado foi praticado, em tese, dolosamente e sua pena máxima é superior a 04 anos. Também há prova de materialidade e indícios de autoria, como se percebe dos depoimentos das testemunhas. Os fundamentos da prisão preventiva também estão presentes. O crime de tráfico de entorpecentes é grave e vem trazendo transtornos à sociedade, na medida em que influi negativamente nas famílias, desestrutura lares e acarreta a intranquilidade social. Por outro lado, se condenada, a ré possivelmente irá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado...)

2. O Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Plenário, em julgamento ocorrido em 10.05.12, nos autos do HC n.º 104.339/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da aludida expressão "e liberdade provisória", reconhecendo a impossibilidade de prisão *ex lege*. Devolveu os autos ao Juiz de primeiro grau para analisar a presença dos requisitos que autorizam a custódia cautelar.

3. Mostra-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal *a quo* negou a liberdade provisória à paciente amparado na vedação legal disposta no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Prisão baseada em pressupostos distantes do que preconizam o art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Ordem concedida a fim de que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar deferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 11 de junho de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.616 - SP (2013/0093102-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RODRIGO CORRÊA GODOY
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALINE DE PAULA CAMPOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALINE DE PAULA CAMPOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0266345-47.2012.8.26.0000).

Segundo os autos, o paciente foi preso em flagrante, por prática de tráfico de entorpecente, tendo sido a prisão convertida em preventiva, nestes termos (fl. 24):

Trata-se de auto de prisão em flagrante lavrado em face de ALINE DE PAULA CAMPOS, indiciado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Como se verifica dos autos, o crime aqui apreciado foi praticado, em tese, dolosamente e sua pena máxima é superior a 04 anos.

Também há prova de materialidade e indícios de autoria, como se percebe dos depoimentos das testemunhas.

Os fundamentos da prisão preventiva também estão presentes.

O crime de tráfico de entorpecentes é grave e vem trazendo transtornos à sociedade, na medida em que influi negativamente nas famílias, desestrutura lares e acarreta a intranquilidade social.

Por outro lado, se condenada, a ré possivelmente irá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Diante do exposto, presentes os requisitos da prisão preventiva, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, com fundamento nos artigos 310, II, e 312, todos do C.P.P., com redação dada pela Lei nº 12.403/11.

Manejada prévio *writ*, a ordem foi denegada, a teor da seguinte ementa (fl. 41):

HABEAS CORPUS- Tráfico de entorpecentes - Liberdade Provisória - Inadmissibilidade - Apreensão de crack, droga de efeito deletério e alto poder viciador - Circunstâncias fáticas que evidenciam a necessidade de custódia para garantia da ordem pública - Crime equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de liberdade provisória por mandamento constitucional e disposição de lei especial. Pleito de aplicação de prisão domiciliar - Impossibilidade - Ausência de prova idônea de sua necessidade (Art. 318, parágrafo único, CPP). Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí a presente impetração, alegando que o encarceramento foi decretado com base em meras suposições e ilações e na gravidade abstrata do delito, sem qualquer elemento concreto do caso em questão.

Diz que, em caso análogo, de uma outra pessoa presa em flagrante por tráfico, a mesma juíza exarou decisão idêntica à destes autos, sem qualquer menção à espécie que estava sob exame.

Acrescenta que é ínfima a quantidade de drogas apreendida, não havendo motivo idôneo para a prisão.

Pede, liminarmente e no mérito, seja a prisão revogada, expendido-se alvará de soltura.

O pedido de medida liminar foi deferido, às fls. 54/56, para determinar a imediata soltura da paciente, se por outro motivo não estiver presa.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Helenita Caiado de Acioli, pelo não conhecimento da impetração ou pela denegação da ordem (fls. 77/80).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.616 - SP (2013/0093102-7)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. (1) PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PROVISÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. (2 e 3) ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ÓBICE AFASTADO. (4) ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada 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*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea para o indeferimento da liberdade provisória. (...Como se verifica dos autos, o crime aqui apreciado foi praticado, em tese, dolosamente e sua pena máxima é superior a 04 anos. Também há prova de materialidade e indícios de autoria, como se percebe dos depoimentos das testemunhas. Os fundamentos da prisão preventiva também estão presentes. O crime de tráfico de entorpecentes é grave e vem trazendo transtornos à sociedade, na medida em que influi negativamente nas famílias, desestrutura lares e acarreta a intranquilidade social. Por outro lado, se condenada, a ré possivelmente irá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado...)

2. O Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Plenário, em julgamento ocorrido em 10.05.12, nos autos do HC n.º 104.339/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da aludida expressão "e liberdade provisória", reconhecendo a impossibilidade de prisão *ex lege*. Devolveu os autos ao Juiz de primeiro grau para analisar a presença dos requisitos que autorizam a custódia cautelar.

3. Mostra-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal *a quo* negou a liberdade provisória à paciente amparado na vedação legal disposta no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Prisão baseada em pressupostos distantes do que preconizam o art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Ordem concedida a fim de que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar deferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame da fundamentação da decisão que indeferiu a liberdade provisória à paciente.

Segundo os autos, a paciente foi presa em flagrante, por prática de tráfico de entorpecente.

A exordial acusatória foi assim apresentada (fl.10):

CONSTA dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 29 de novembro de 2012, por volta das 00h43min, na Praça Antonio de Pádua Dutra, nº 1.031, Bairro Alto, neste Município e Comarca, ALINE DE PAULA CAMPOS, qualificada a fl. 23, agindo em concurso com o adolescente Alison Camargo da Silva, traziam com eles, para posterior entrega a consumo e fornecimento de terceiros (tráfico): a) 09 (nove) papé debates de crack, pesando aproximadamente 1,5 g (um grama e cinco decigramas); b) 03 (três) papé debates de cocaína, pesando aproximadamente 0,8 g (oito decigramas) e c) 01 (um) papé debate de maconha "Cannabis Sativa L", pesando aproximadamente 1,0 g (um grama), substâncias estas entorpecentes e que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme laudo de constatação provisória de fl. 18 e auto de exibição e apreensão de fl. 12. (...)

Tendo sido a prisão convertida em preventiva, nestes termos (fl. 24):

Trata-se de auto de prisão em flagrante lavrado em face de ALINE DE PAULA CAMPOS, indiciado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Como se verifica dos autos, o crime aqui apreciado foi praticado, em tese, dolosamente e sua pena máxima é superior a 04 anos.

Também há prova de materialidade e indícios de autoria, como se percebe dos depoimentos das testemunhas.

Os fundamentos da prisão preventiva também estão presentes.

O crime de tráfico de entorpecentes é grave e vem trazendo transtornos à sociedade, na medida em que influi negativamente nas famílias, desestrutura lares e acarreta a intranquilidade social.

Por outro lado, se condenada, a ré possivelmente irá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Diante do exposto, presentes os requisitos da prisão preventiva, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, com fundamento nos artigos 310, II, e 312, todos do C.P.P., com redação dada pela Lei nº 12.403/11.

Manejado prévio *writ*, a ordem foi denegada, a teor da seguinte ementa (fl. 41):

HABEAS CORPUS- Tráfico de entorpecentes - Liberdade Provisória -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inadmissibilidade - Apreensão de crack, droga de efeito deletério e alto poder viciador - Circunstâncias fáticas que evidenciam a necessidade de custódia para garantia da ordem pública - Crime equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de liberdade provisória por mandamento constitucional e disposição de lei especial. Pleito de aplicação de prisão domiciliar - Impossibilidade - Ausência de prova idônea de sua necessidade (Art. 318, parágrafo único, CPP). Ordem denegada.

Sendo lícito ao Juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação, de acordo com o art. 93, IX, da Lei Maior.

Nesse âmbito, verifica-se que foi mantida a custódia provisória, fundamentalmente, em razão da existência de indícios de autoria e da materialidade do delito, da gravidade abstrata do crime e de considerações acerca da conduta da acusada.

Ora, há de ver que declinar, unicamente, tais dados, sem respaldo em circunstâncias colhidas da situação concreta, não se constituem elementos aptos a ensejar a prisão provisória.

Ao que se me afigura, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória não se sustenta, porque nitidamente desvinculada de qualquer elemento de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Dúvida não há, portanto, de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não 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 idéia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentir 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 dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, pp. 226-227).

Vê-se, portanto, que se limitou o magistrado a reproduzir termos legais, a ressaltar a gravidade abstrata do delito, a adjetivar a conduta da acusada, sem indicar, contudo, qualquer elemento concreto a justificar a imposição de prisão antes do trânsito em julgado.

Trata-se de verdadeira afronta à garantia da motivação das decisões judiciais a decisão que justifica a prisão de tal forma. 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 do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE 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. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 03.09.2007)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ILEGALIDADE MANTIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A prisão cautelar, para ser mantida ou decretada, deve atender aos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais deverão ser demonstrados com o cotejo de elementos reais e concretos que indiquem a necessidade da segregação provisória.

2. A prolação de sentença condenatória não prejudicada a análise do pedido, na medida em que mantida a prisão cautelar, sem que nenhum fundamento válido fosse indicado ou acrescentado, persistindo, desse modo, a ilegalidade.

3. Ordem concedida para assegurar ao Paciente o direito de apelar em liberdade, determinando, por consequência, a expedição de alvará de soltura em seu favor se por outro motivo não estiver preso. (HC 66.922/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 17/03/2008)

NÃO HÁ PRISÃO PREVENTIVA OBRIGATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DEVE SER EXAMINADO PELO JUÍZO. SE PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA LIBERDADE PROVISÓRIA, O FLAGRANTE NÃO IMPEDE SUA OUTORGA AO PRESO. O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO EXIGE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO.

1. A prisão em flagrante não impede, só por só, a concessão de liberdade provisória, se seus requisitos estiverem preenchidos.

2. A simples referência à lei ou à gravidade do delito não basta para seu indeferimento, exigindo-se fundamentação idônea e adequada.

3. Ordem concedida.

(HC 121.920/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 10/08/2009)

Prisão em flagrante. Liberdade provisória (indeferimento). Fundamentação (necessidade). Sentença condenatória recorrível (superveniência). Ilegalidade (protramento).

1. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

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

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

4. Ordem concedida. (HC 56.995/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 22/04/2008)

Constata-se, de outra parte, que o Tribunal de origem louva-se na vedação de liberdade provisória, que não mais subsiste, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. Confira-se o acórdão prolatado pelo Tribunal de origem (fl. 41):

HABEAS CORPUS- Tráfico de entorpecentes - Liberdade Provisória - Inadmissibilidade - Apreensão de crack, droga de efeito deletério e alto poder viciador - Circunstâncias fáticas que evidenciam a necessidade de custódia para garantia da ordem pública - Crime equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de liberdade provisória por mandamento constitucional e disposição de lei especial. Pleito de aplicação de prisão domiciliar - Impossibilidade - Ausência de prova idônea de sua necessidade (Art. 318, parágrafo único, CPP). Ordem denegada.

Como visto, o Tribunal *a quo* negou-lhe a liberdade provisória com amparo na vedação legal disposta no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, *in verbis*:

Art. 44. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Plenário, em julgamento ocorrido em 10.05.12, nos autos do HC n.º 104.339/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da aludida expressão "e liberdade provisória", asseverando a impossibilidade de prisão *ex lege*. Eis a parte dispositiva do *decisum*:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, que denegava a ordem; Joaquim Barbosa, que concedia a ordem por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão do paciente, e Marco Aurélio, que concedia a ordem por excesso de prazo. O Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.05.2012.

O aresto respectivo foi publicado em 06.12.2012. Constatou, ainda, do Informativo n.º 665 da Suprema Corte:

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 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 restrições cautelares,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 104.339/SP

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória, bem como a necessidade de serem analisados, no tocante à prisão cautelar de todos os delitos, os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Não o fez, contudo, devolvendo os autos ao Juiz competente para, afastada a proibição legal, examinar adequadamente a necessidade da segregação cautelar.

Seguindo o entendimento antes já pacífico nesta Sexta Turma, no sentido de ser necessária concreta fundamentação mesmo nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados, bem como a recente decisão da Suprema Corte, de rigor a concessão da ordem.

Isso porque, como já assentado, o Tribunal *a quo* embasou-se, para negar a liberdade provisória à paciente, no inconstitucional art. 44 da Lei n.º 11.343/06. mencionou, ainda, a prisão em flagrante e a hediondez do delito, mas tais questões são absolutamente abstratas e não constituem análise do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se a imprescindibilidade de a motivação abarcar circunstâncias específicas do delito em comento, não bastando menções genéricas à gravidade ou hediondez dos crimes de tráfico de drogas.

Ante o exposto, confirmada a liminar deferida, **concedo a ordem**, a fim de que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0093102-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 267616 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02663454720128260000 24191 262012 2663454720128260000

EM MESA

JULGADO: 11/06/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CORRÊA GODOY
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALINE DE PAULA CAMPOS (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.