



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 46.329 - SP (2014/0060266-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : OSVALDO GUILHERME GARCIA BONFANTE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE PROVISÓRIA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. (HC N.º 104.339/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Recorrente preso em flagrante no dia 23/08/2013, pela suposta prática dos delitos dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido com uma pedra de *crack* (0,3g) e três trouxinhas de maconha (3,30g), além de manter em depósito, na residência, mais 36 trouxinhas de maconha (34,100g).

2. O Plenário do Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação legal à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (*leading case*: HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 06/12/2012.). Tal posição refletiu no entendimento até então adotado nesta Corte Superior, que passou a considerar necessária à presença de ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrado no caso concreto, também em relação à prisão cautelar por crime de tráfico ilícito de drogas.

3. O acórdão combatido manteve a prisão cautelar do Recorrente mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do retrocitado art. 312. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos. Esta Corte Superior não pode referendar tais fundamentos, o que determina a revogação da constrição cautelar *sub judice*.

4. O Recorrente encontra-se preso cautelarmente há mais de 07 meses, sem que tenha havido, até agora, prolação da sentença. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão.

5. Recurso ordinário provido, para determinar a imediata soltura do Recorrente, se por *al* não estiver preso, com aplicação, entretanto, das medidas cautelares diversas da prisão descritas nos incisos I, II, III, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal, a serem especificadas pelo Juiz Sentenciante, sem prejuízo da imposição de outras medidas que entender necessárias.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 46.329 - SP (2014/0060266-0)

RECORRENTE : OSVALDO GUILHERME GARCIA BONFANTE (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por OSVALDO GUILHERME GARCIA BONFANTE, contra acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0174069-60.2013.8.26.0000).

O Recorrente foi preso em flagrante no dia 23/08/2013, pela suposta prática dos delitos dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido com uma pedra de *crack* (0,3g) e três trouxinhas de maconha (3,30g), além de manter em depósito, na residência, mais 36 trouxinhas de maconha (34,100g).

O Juízo processante converteu o flagrante em custódia preventiva, e a Corte de origem manteve a segregação cautelar *sub examine*.

Neste recurso, sustenta-se ser desnecessária a manutenção da prisão preventiva, aduzindo-se que, se condenado, o Recorrente fará jus à penalidade mais branda (v.g., regime inicial diverso do fechado). Assinala-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória, constante do art. 44 da Lei de Tóxicos. E, por fim, invoca-se a incidência do princípio da presunção de não-culpabilidade.

Postula-se, assim, inclusive *in limine*, a revogação da prisão preventiva do Recorrente, com a eventual aplicação de medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 da Lei Adjetiva Penal.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 148/149.

As judiciosas informações do Juízo processante e do Tribunal de origem foram prestadas, respectivamente, às fls. 159/160 e 196, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 200/204, opinando pelo provimento do recurso ordinário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 46.329 - SP (2014/0060266-0)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE PROVISÓRIA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. (HC N.º 104.339/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Recorrente preso em flagrante no dia 23/08/2013, pela suposta prática dos delitos dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido com uma pedra de *crack* (0,3g) e três trouxinhas de maconha (3,30g), além de manter em depósito, na residência, mais 36 trouxinhas de maconha (34,100g).

2. O Plenário do Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação legal à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (*leading case*: HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 06/12/2012.). Tal posição refletiu no entendimento até então adotado nesta Corte Superior, que passou a considerar necessária à presença de ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrado no caso concreto, também em relação à prisão cautelar por crime de tráfico ilícito de drogas.

3. O acórdão combatido manteve a prisão cautelar do Recorrente mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do retrocitado art. 312. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos. Esta Corte Superior não pode referendar tais fundamentos, o que determina a revogação da constrição cautelar *sub judice*.

4. O Recorrente encontra-se preso cautelarmente há mais de 07 meses, sem que tenha havido, até agora, prolação da sentença. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão.

5. Recurso ordinário provido, para determinar a imediata soltura do Recorrente, se por *al* não estiver preso, com aplicação, entretanto, das medidas cautelares diversas da prisão descritas nos incisos I, II, III, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal, a serem especificadas pelo Juiz Sentenciante, sem prejuízo da imposição de outras medidas que entender necessárias.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a prisão preventiva do Recorrente, conforme o voto condutor a seguir transcrito:

"[...]

A r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se bem fundamentada (fls. 72/73). Os autos denotam que há, de fato, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva. Por outra parte, a manutenção da prisão cautelar está em conformidade com os artigos 310, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal.

[...]

Anoto, por oportuno, que o crime de tráfico de drogas intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. O bom filho tornar-se rebelde, desrespeitador, violento, furta dos próprios pais e não raramente pratica agressões contra eles, violência esta que não pode ser tolerada, tudo para obtenção da droga. Acaba se transformando em traficante para sustentar o vício. A tranquilidade da família desaparece e em seu lugar passa a reinar o que há de pior, causando problemas de seriedade incontestável.

Em razão do acima exposto, pergunto: Quantas famílias estariam sujeitas a esse martírio, ao desmoronamento total, considerando a variedade de drogas altamente perniciosas apreendidas, ao que tudo indica, em poder do paciente (maconha e crack)? Por certo seriam dezenas de famílias sujeitas às graves consequências do ilícito de que cuidamos.

O Poder Judiciário tem o poder-dever – incontestável obrigação a meu ver – de impedir que isso ocorra, preservando-se, na medida do possível, o bem-estar das famílias e da comunidade em geral, de vez que estaremos, em tese, evitando até mesmo roubos e latrocínios, considerando que os traficantes partem para o caminho desses, dentre outros, delitos, a fim de obterem o necessário para aquisição das drogas.

Observo, também, que mesmo com o advento da Lei n.º 12.403/11, o réu não faz jus à liberdade provisória, pois o art. 44 da Lei n.º 11.343/06, veda expressamente a aludida benesse ao denunciado de tráfico de drogas.

Destaco que a declaração de inconstitucionalidade foi lançada no HC n.º 97.256 pelo Supremo Tribunal Federal de forma incidental. Portanto, não vincula os tribunais inferiores, além de o julgamento ter ocorrido por maioria apertada.

[...]

Ademais, ainda que fosse o caso, não bastam a primariedade, residência fixa e ocupação lícita para que o autor, em tese, de crime de tráfico e associação obtenha liberdade provisória. Ao contrário do afirmado na impetração, estão presentes os requisitos para a custódia cautelar.

[...]

Concluo, portanto, que a digna autoridade impetrada agiu em perfeita conformidade com a lei e não vislumbro qualquer ato que justifique a concessão da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por todos esse motivos, denego o writ" (fls. 82/85)

Pois bem. Como se sabe, o Plenário do Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da vedação legal à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 (*leading case*: HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 06/12/2012.). Tal posição refletiu no entendimento até então adotado nesta Corte Superior, que passou a considerar necessária à presença de ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrado no caso concreto, também em relação à prisão cautelar por crime de tráfico ilícito de drogas.

Na hipótese dos autos, contudo, o acórdão combatido manteve a prisão cautelar do Recorrente mediante considerações genéricas acerca dos pressupostos do retrocitado art. 312. Além disso, amparou-se na vedação legal à liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei de Tóxicos. Esta Corte Superior não pode referendar tais fundamentos, o que determina a revogação da constrição cautelar *sub judice*.

Nesse sentido:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/06, ART. 44, CAPUT. VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE (HC 104.339/SP, PLENÁRIO, MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 06.12.2012). PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INSUBSISTENTE. PRECEDENTES.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 104.339/SP (Min. Gilmar Mendes, DJe de 06.12.2012), em evolução jurisprudencial, declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no art. 44, caput, da Lei 11.343/06. Entendeu-se que (a) a mera inafiançabilidade do delito (CF, art. 5º, XLIII) não impede a concessão da liberdade provisória; (b) sua vedação apriorística é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem assim com o mandamento constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão.

2. Ademais, a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar. *Precedentes.*

3. *Ordem concedida.*" (STF, HC 110.359/RJ, 2.ª Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 04/05/2013.)

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (STJ, AgRg no HC 129.637/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 13/03/2013.)

Por fim, o Recorrente encontra-se preso cautelarmente há mais 06 meses, sem que tenha havido, até agora, prolação da sentença, conforme extrato do processo ora juntado. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Exemplificativamente, veja-se:

"[...]

NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. VEDAÇÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DESPROPORCIONALIDADE. PENA REDUZIDA. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE BENEFICIADO COM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUANTO AO PONTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, por força do princípio da proporcionalidade, se a constrição é proporcional ao gravame resultante da condenação.

2. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

3. No caso, apesar do paciente haver permanecido segregado ao longo da instrução criminal e, ao final, ter sido condenado pelo Juízo sentenciante, revela-se claramente desproporcional a manutenção da sua custódia antecipada ante o indeferimento do direito de recorrer em liberdade, evidenciando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a pequena reprimenda imposta ao condenado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo de redução, a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande porte, e, ainda às condições pessoais do agente, primário, sem registro de antecedentes criminais e possuidor de domicílio certo.

4. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.

5. Ordem denegada, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, apenas para revogar a prisão preventiva, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, permitindo ao paciente que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação." (HC 289.725/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 27/05/2014.)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário, para determinar a imediata soltura do Custodiado, se por *al* não estiver preso, com aplicação, entretanto, das medidas cautelares diversas da prisão descritas nos incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades), II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações), III (proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante), IV (proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução) e V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos), do art. 319, do Código de Processo Penal, devendo o Juízo Sentenciante especificar detalhadamente as respectivas condições e, ainda, estabelecer quaisquer outras medidas que reputar conveniente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0060266-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 46.329 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01740696020138260000 30093844920138260302 30134905420138260302

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : OSVALDO GUILHERME GARCIA BONFANTE (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.