



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.283.997 - RS (2011/0226310-1)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MARCELO PEREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

EMENTA

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI 11.343/07. RECURSO PROVIDO.

I. A Lei 11.343/2006 contém disposição expressa, o art. 44, que veda a concessão de liberdade provisória nas hipóteses previstas na Lei de Tóxicos e esta Corte vem entendendo que tão somente o óbice legalmente previsto é bastante à manutenção da custódia.

II. Em que pese o STF, nos autos do RE 601.384/RS, ter se manifestado pela existência de repercussão geral, a constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06 ainda não foi dirimida, devendo prevalecer o entendimento desta Turma até o julgamento final da matéria, no sentido da legalidade do óbice à concessão de liberdade provisória aos denunciados pela prática de delito previsto na Lei de Tóxicos.

III. Dissídio jurisprudencial comprovado.

IV. Acórdão que deve ser cassado, restabelecendo-se a prisão do recorrido.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.283.997 - RS (2011/0226310-1)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que concedeu, por maioria, ordem de *habeas corpus* em favor do recorrido, nos termos da seguinte ementa (fl. 120 e-STJ):

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. ARTIGOS 33 E 35, LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO CAUTELAR JUDICIAL PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO.

A prisão em flagrante delito (prisão-captura), por seu caráter administrativo, legitima num primeiro momento a prisão preventiva (prisão-custódia) de caráter cautelar, porém, ao alcançar um segundo nível de normatividade exige a observância da garantia constitucional da jurisdicionalidade, do juiz natural imparcial e da motivação.

2. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. MANUTENÇÃO DAS PRISÕES INIDONEAMENTE FUNDAMENTADA.

Como se constata, a primeira decisão que homologou a prisão em flagrante não continha nenhuma fundamentação cautelar. A segunda acima transcrita, não menciona nada sobre o periculum libertatis, que constitui um dos fundamentos essenciais da prisão cautela. Trata-se de fundamentação superficial, mencionando, tangencialmente, a vedação da concessão da liberdade provisória aos crimes de traficância, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem considerando inconstitucional por ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Observe-se que a decisão impugnada não aporta nenhuma análise fundada em dados concretos sobre eventuais riscos para o processo penal se porventura for concedida a liberdade, que é a regra, enquanto a prisão é a exceção.

CONCEDERAM A ORDEM. POR MAIORIA. ”

Consta dos autos que o recorrido foi preso em flagrante delito pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Homologado o flagrante, a prisão foi mantida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A defesa, então, impetrou *habeas corpus*, tendo sido a ordem concedida para determinar-se a liberdade do recorrido, entendendo o Tribunal *a quo* que, ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, o indeferimento da provisória não se sustentaria.

No presente recurso especial, aponta o recorrente negativa de vigência ao art. 44, da Lei n.º 11.343/2006 argumentando que, além da patente presença dos requisitos da prisão preventiva, é vedada a liberdade provisória aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Aponta dissídio quanto ao tema.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 180/187 e-STJ).

Admitido o recurso (fls. 199/206 e-STJ), a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 218/222 e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.283.997 - RS (2011/0226310-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que concedeu ordem de *habeas corpus* em favor do recorrido, que concedeu ordem de *habeas corpus* em favor do recorrido.

Os autos revelam que o recorrido foi preso em flagrante delito pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Homologado o flagrante, a prisão foi mantida.

A defesa, então, impetrou *habeas corpus*, tendo sido a ordem concedida para determinar-se a liberdade do recorrido, entendendo o Tribunal *a quo* que, ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, o indeferimento da provisória não se sustentaria.

No presente recurso especial, aponta o recorrente negativa de vigência ao art. 44, da Lei n.º 11.343/2006 argumentando que, além da patente presença dos requisitos da prisão preventiva, é vedada a liberdade provisória aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Aponta dissídio quanto ao tema.

Tempestivo o recurso, tendo sido a matéria devidamente prequestionada e o dissídio jurisprudencial comprovado, estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso especial.

Passo à análise da irresignação.

Assiste razão ao recorrente.

O acórdão recorrido, ao deferir a liberdade provisória ao recorrido, ressaltando a disparidade de entendimento jurisprudencial, considerou que (fl. 107 e-STJ):

“(…)

Como se constata, a primeira decisão que homologou a prisão em flagrante não continha nenhuma fundamentação cautelar. A segunda acima transcrita, não menciona nada sobre o periculum libertatis, que constitui um dos fundamentos essenciais da prisão cautela. Trata-se de fundamentação superficial, mencionando, tangencialmente, a vedação da concessão da liberdade provisória aos crimes de traficância, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem considerando inconstitucional por ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do devido processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Observe-se que a decisão impugnada não aporta nenhuma análise fundada em dados concretos sobre eventuais riscos para o processo penal se porventura for concedida a liberdade, que é a regra, enquanto a prisão é a exceção.”

Verifica-se que o Tribunal *a quo* entendeu pela não aplicação do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, em descompasso com o entendimento desta Corte.

Com efeito, a Lei 11.343/2006 contém disposição expressa, o art. 44, que veda a concessão de liberdade provisória nas hipóteses previstas na Lei de Tóxicos e esta Corte vem entendendo que tão somente o óbice legalmente previsto é bastante à manutenção da custódia.

Ademais, no tocante ao assunto, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, da relatoria Exmº Ministro Marco Aurélio, no qual se discute a validade da cláusula proibitiva de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, manifestou-pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, em sessão realizada em 11/09/09.

Contudo, o Plenário Supremo Tribunal Federal ainda não analisou o mérito do indigitado recurso, devendo prevalecer o entendimento consolidado no âmbito desta Corte até o julgamento final da matéria pelo Pretório Excelso.

Dessa forma, levando-se em consideração a existência de vedação expressa à concessão de liberdade provisória, a Quinta Turma firmou entendimento no sentido da impossibilidade de concessão do benefício aos acusados pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, com esteio no art. 44 da Lei 11.343/2006.

Nesta linha de raciocínio, trago à colação os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. VEDAÇÃO LEGAL. NÃO REVOGAÇÃO PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI Nº 8.072/90, CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. ALEGAÇÃO DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS COMO FUNDAMENTO PARA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INSUFICIENTE. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que ao acusado por tráfico de drogas, cumprindo prisão cautelar, é vedada a concessão de liberdade provisória. Tal proibição legal contida no art. 44, da Lei n.º 11.343/06, não foi revogada com a alteração do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07.

2. O reconhecimento da Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal no RE 601.384/RS, sob a relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, com referência ao mérito deste writ, em regra, não tem o condão de sobrestar os processos pendentes de julgamento nesta Corte.

3. As Turmas componentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já cristalizaram o entendimento de inexistir constrangimento ilegal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando a manutenção da custódia cautela, suficientemente fundamentada, retratar a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

4. Improcede a alegação de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, diante da complexidade das circunstâncias dos procedimentos, sendo que, na espécie, a eventual demora se encontra justificada pela razoabilidade.

5. Ordem denegada.” (HC 160.909/PE, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRISÃO PROCESSUAL QUE, OUTROSSIM, É FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE QUE OCUPA O CARGO PÚBLICO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. SUPOSTO CRIME PRATICADO NAS DEPENDÊNCIAS DO PRESÍDIO. INOBSERVÂNCIA DO DEVER. AFRONTA ÀS INSTITUIÇÕES ESTATAIS. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça tem orientação firmada 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 LXIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. A decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, de todo modo, está fundamentada na garantia da ordem pública. Acrescente-se que o Paciente é Agente Prisional, tendo permitido a entrada, no presídio, de corré que portava oito pedras de cocaína e telefone celular.

3. O princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade é um dos mais importantes na Carta Magna, porque protege o cidadão de bem contra o abuso e a arbitrariedade da repressão estatal. No entanto, não se pode usá-lo como escudo intransponível para evitar a adoção de medidas cautelares necessárias ao resgate da higidez das instituições públicas e da ordem social, especialmente no caso, em que há elementos concretos de que Agente Penitenciário realizou a traficância ilícita de entorpecentes dentro do próprio presídio.

4. Feito o juízo de valor estabelecido entre interesses postos em conflito, sobreleva muito acima a necessidade de pronta resposta estatal para o resguardo da ordem pública, frontalmente ameaçada por crime de tamanha reprovabilidade, praticado por Agente Estatal.

Resta demonstrada a forma de agir atentatória às instituições que dão suporte à existência de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual não existe, pois, ilegalidade no indeferimento do pedido de liberdade provisória do Paciente.

5. Ordem denegada.” (HC 183.529/MT, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

Ademais, este entendimento está igualmente respaldado na atual jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO CAUTELAR. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA.

I - Não há nenhum indício de excesso de prazo para julgamento do feito, que, pelo contrário, vem tendo processamento normal e em tempo razoável, inclusive com a confirmação da sentença condenatória em sede de apelação.

II - A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido da proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, que decorre da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal e da vedação legal prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

III - Ordem denegada.

(HC 103599, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 31/08/2010).

"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. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*" (HC 99333, Relatora Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010)

Com estas considerações, deve ser cassado o acórdão recorrido, restabelecendo-se a prisão do recorrido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0226310-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.283.997 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 21000043541 21000050181 70041443359 70042859975

PAUTA: 15/05/2012

JULGADO: 17/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MARCELO PEREIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTROS

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.