



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 60.905 - MG (2015/0150320-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : RAPHAEL HENRIQUE DOS SANTOS GONÇALVES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. RECURSO PROVIDO.

1. 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. *In casu*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea.

2. Afasta-se o fundamento constante da decisão constritiva referente à vedação da liberdade provisória aos acusados pela prática dos delitos descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma, porquanto encontra-se na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal.

3. Recurso provido, confirmando a liminar, para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, 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.

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 60.905 - MG (2015/0150320-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : RAPHAEL HENRIQUE DOS SANTOS GONÇALVES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto por RAPHAEL HENRIQUE DOS SANTOS GONÇALVES contra acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC nº 0023706-71.2015.8.13.0188).

Consta dos autos que o recorrente, no dia 09 de março de 2015, foi preso em flagrante pela suposta prática de conduta descrita no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Homologado o flagrante, a prisão do recorrente foi convertida em preventiva, *in verbis*:

"O flagrante atende aos requisitos dos arts 302 e segs do CPP, razão pelo qual o homologo.

Quanto à conversão da prisão em preventiva, construo meu entendimento reconhecendo a constitucionalidade da vedação à liberdade provisória em caso de tráfico de drogas, consoante previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Para tanto, considero a especialidade das disposições constitucionais direcionadas à prevenção e repressão desse crime, além do caráter especial da Lei nº 11.343/06 em relação à Lei nº 8.072/90. Ou seja, a partir do *princípio da especialidade* e mesmo pelo fato de ser o crime de tráfico de drogas *equiparado a* hediondo - e, não, puramente hediondo é de se considerar constitucionalmente válido o disposto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que não se fez revogado pela Lei nº 11.464/07, quando esta suprimiu a vedação à liberdade provisória antes constante do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Nisso, faço-me acompanhado por abalizada jurisprudência do STJ que, ao contrário do que pensam muitos, também admite a validade do art. 44 da Lei nº 11.343/06, ao obstar a concessão da liberdade provisória no caso do tráfico Observe-se:

(...)

A questão exige uma interpretação sistêmica e teleológica das leis em face da Constituição, da qual se extrai a perfeita distinção entre o que se estabelece em relação ao tráfico e o que se prevê em relação aos crimes hediondos embora haja, sem dúvida, pontos de convergência que permitem concluir que se trata de formas equiparadas de criminalidade.

Some-se a isso a existência de um evidente motivo condutor a legitimar a vedação à liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas. A realidade é pródiga em demonstrar-nos diariamente que ao redor da comercialização dessas substâncias ilícitas gravitam inúmeras outras práticas criminosas, o que dissemina uma desestabilizadora sensação de insegurança coletivamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partilhada. Destacam-se, entre os delitos fomentados os perpetrados contra a pessoa e contra o patrimônio.

Em síntese, o tráfico de drogas é atividade que em si mesma representa risco à ordem pública, gerando insegurança coletiva a justificar a vedação legal à liberdade provisória daqueles que tenham sido flagrados em tal prática. Noutros termos, tratando-se a garantia da ordem pública de um dos motivos legitimadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP), o grave risco que inerentemente traz, que se representa pela constante ameaça à conformidade dos fatos em relação ao determinado pelo ordenamento jurídico, justifica a vedação peremptória à liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, pelo que constitucional o art. 44 da Lei nº 11.343/06, no ponto em que assim estabelece.

Além disso, vale consignar que as investigações estão apenas no começo, o que justifica a prisão preventiva do conduzido pela conveniência da instrução criminal, que, pelo menos por ora, deve transcorrer livre de qualquer interferência sua, máxime em se considerando o temor causado em potenciais testemunhas dos delitos de tráfico; e pela garantia da ordem pública, mormente pela quantidade e a natureza da droga apreendida, além da maneira como estava acondicionada, podendo-se presumir a finalidade mercantil da mesma." (fls. 21/23)

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, a ordem foi denegada. Transcrevo por pertinente o âmago do voto condutor (fls. 57/58):

"Em que pesem os argumentos expendidos pela impetrante, verifica-se que razão não lhe assiste quanto pleito de soltura do paciente, ou de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Analisando detidamente os autos, constata-se a existência de elementos objetivos que evidenciam a necessidade de sua segregação cautelar para a garantia da ordem pública, sobretudo diante da gravidade concreta do delito em tese praticado, evidenciada pela quantidade de droga apreendida, qual seja, 10g (dez gramas) de cocaína, acondicionados em 12 (doze) invólucros plásticos, conforme se infere do Laudo de Constatação Preliminar de Drogas, acostado à f. 09v.

(...)

Destarte, medida que se impõe é a manutenção da custódia cautelar do paciente, eis que presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, constantes do art. 312 do CPP.

Ademais, o fato de o paciente ser primário e de bons antecedentes não tem, a princípio, o condão de garantir eventual direito de responder ao processo em liberdade, devendo as condições pessoais ser analisadas em conjunto com os demais elementos probatórios dos autos.

Ressalte-se estar preenchida a condição de admissibilidade da prisão preventiva, prevista no inciso I, do art. 313, do CPP, uma vez tratar-se de crime doloso a conduta em tese praticada, punida com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos."

Neste autos, aduz o recorrente que o ato indigitado coator encontra-se eivado de flagrante ilegalidade, vez que além de não observar os ditames do artigo 311 do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal, pautou-se única e exclusivamente na gravidade *in abstracto* da conduta supostamente perpetrada pelo paciente.

Afirma que o princípio da presunção de inocência, ou não culpabilidade, é corolário do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual somente se admite a prisão cautelar como medida excepcional, cuja necessidade deve ser evidenciada por fatos concretos.

Pondera que nos termos dos artigos 282 e 310 do Código de Processo Penal, com a redação que lhes atribuiu a Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante somente poderá ser convertida em preventiva quando estiverem presentes os fundamentos legais, bem como fatos concretos ensejadores da constrição cautelar.

Acrescenta que a partir da aludida alteração legislativa seria possível a "*vinculação da liberdade provisória, mediante a adoção das medidas cautelares alternativas à prisão*", em atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excessos.

Verbera que no caso *sub examine*, a prisão não se afigura necessária, posto que o paciente é primário e "*tem vínculo com o distrito da culpa*". Ademais, a denegação da liberdade provisória encontra-se lastreada em meras conjecturas e repetições de termos legais.

Ressalta que caso sobrevenha a condenação o paciente "*provavelmente fará jus a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, por preencher os requisitos legais para tanto*", o que evidenciaria seu direito líquido e certo a obtenção da liberdade provisória.

Ao final pugna, em caráter liminar e no mérito, pelo provimento do recurso, a fim de que seja deferida a liberdade provisória ao recorrente.

Por decisão datada de 29 de junho do ano em curso, a liminar foi deferida, oportunidade em que determinei a expedição de alvará de soltura em favor do recorrente, se por *al* não estivesse preso (fls. 90/93).

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mário Ferreira Leite, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento do recurso em *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 60.905 - MG (2015/0150320-7) EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. RECURSO PROVIDO.

1. 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. *In casu*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea.

2. Afasta-se o fundamento constante da decisão constritiva referente à vedação da liberdade provisória aos acusados pela prática dos delitos descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma, porquanto encontra-se na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal.

3. Recurso provido, confirmando a liminar, para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, 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.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do recorrente.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

In casu, eis o teor do *decisum* de conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 21/23):

(...)

"O flagrante atende aos requisitos dos arts 302 e segs do CPP, razão pelo qual o homologo.

Quanto à conversão da prisão em preventiva, construo meu entendimento reconhecendo a constitucionalidade da vedação à liberdade provisória em caso de tráfico de drogas, consoante previsto no art. 44 da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para tanto, considero a especialidade das disposições constitucionais direcionadas à prevenção e repressão desse crime, além do caráter especial da Lei nº 11.343/06 em relação à Lei nº 8.072/90. Ou seja, a partir do *princípio da especialidade* e mesmo pelo fato de ser o crime de tráfico de drogas *equiparado a* hediondo - e, não, puramente hediondo é de se considerar constitucionalmente válido o disposto no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que não se fez revogado pela Lei nº 11.464/07, quando esta suprimiu a vedação à liberdade provisória antes constante do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Nisso, faço-me acompanhado por abalizada jurisprudência do STJ que, ao contrário do que pensam muitos, também admite a validade do art. 44 da Lei nº 11.343/06, ao obstar a concessão da liberdade provisória no caso do tráfico. Observe-se:

(...)

A questão exige uma interpretação sistêmica e teleológica das leis em face da Constituição, da qual se extrai a perfeita distinção entre o que se estabelece em relação ao tráfico e o que se prevê em relação aos crimes hediondos embora haja, sem dúvida, pontos de convergência que permitem concluir que se trata de formas equiparadas de criminalidade.

Some-se a isso a existência de um evidente motivo condutor a legitimar a vedação à liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas. A realidade é pródiga em demonstrar-nos diariamente que ao redor da comercialização dessas substâncias ilícitas gravitam inúmeras outras práticas criminosas, o que dissemina uma desestabilizadora sensação de insegurança coletivamente partilhada. Destacam-se, entre os delitos fomentados os perpetrados contra a pessoa e contra o patrimônio.

Em síntese, o tráfico de drogas é atividade que em si mesma representa risco à ordem pública, gerando insegurança coletiva a justificar a vedação legal à liberdade provisória daqueles que tenham sido flagrados em tal prática. Noutros termos, tratando-se a garantia da ordem pública de um dos motivos legitimadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP), o grave risco que inerentemente traz, que se representa pela constante ameaça à conformidade dos fatos em relação ao determinado pelo ordenamento jurídico, justifica a vedação peremptória à liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, pelo que constitucional o art. 44 da Lei nº 11.343/06, no ponto em que assim estabelece.

Além disso, vale consignar que as investigações estão apenas no começo, o que justifica a prisão preventiva do conduzido pela conveniência da instrução criminal, que, pelo menos por ora, deve transcorrer livre de qualquer interferência sua, máxime em se considerando o temor causado em potenciais testemunhas dos delitos de tráfico; e pela garantia da ordem pública, mormente pela quantidade e a natureza da droga apreendida, além da maneira como estava acondicionada, podendo-se presumir a finalidade mercantil da mesma.”

(...)

Verifica-se que a custódia provisória, medida extrema cujo traço marcante é a excepcionalidade, foi decretada sem respaldo em quaisquer circunstâncias colhidas da situação concreta. Pelo contrário, limitou-se o magistrado a apontar, genericamente, a gravidade *in abstracto* do crime de tráfico de drogas, em evidente afronta ao dever



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de motivação das decisões judiciais.

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.

Ora, dúvida não há 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 às posições em sentido contrário, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. 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 ato motivado do juiz.

Assim, não havendo - como *in casu* não há - 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 prisão calcada apenas em proposições genéricas:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. Não basta invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

3. O Juiz de primeiro grau apontou genericamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de manutenção da segregação cautelar do paciente, afirmando tão somente que "diante dos fatos até agora apurados verifica-se presente o *periculum libertatis*, justificando a segregação cautelar na garantia da ordem pública, diante da gravidade do crime, e na garantia da instrução criminal".

4. *Habeas corpus* concedido para revogar a prisão preventiva, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da segregação cautelar, se concretamente demonstrada sua necessidade, ou de imposição de medida a ela alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(HC 299.764/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DADOS CONCRETOS APTOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS EM SITUAÇÃO IDÊNTICA.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

2. É despida de fundamentação a decisão que não diz de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, limitando-se a fazer ilações acerca de elementos do tipo penal, sem indicação de nenhum elemento concreto do fato apurado.

3. Existindo corrêus em situação fático-processual idêntica e evidenciado que a presente decisão não se vincula a circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, devem ser estendidos seus efeitos, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

4. Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente, ratificando a liminar deferida e estendendo os efeitos da decisão para os corrêus em situação idêntica.

(HC 303.222/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETO CONSTRITIVO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. TRIBUNAL A QUO. NOVOS FUNDAMENTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que se concede habeas corpus de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. No caso, o Juiz singular decretou a prisão do paciente levando em conta tão somente a gravidade abstrata do delito e a presunção de que sua liberdade põe em risco a ordem pública e a instrução criminal, não apontando qualquer elemento fático para justificar a necessidade da prisão preventiva.

4. É certo que a quantidade e variedade de droga, segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, podem ser valorados no momento da decretação da custódia. Entretanto, tais circunstâncias não foram levantadas em consideração pelo Juiz processante, razão pela qual não poderiam ser invocadas pela Corte *a quo*, por constituir nítida inovação aos fundamentos da decisão constritiva originária, providência vedada em ação constitucional de *habeas corpus*, destinada ao interesse exclusivo da Defesa.

5. De outro lado, não parece razoável presumir que o paciente, em liberdade, poderá prejudicar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, sem que se aponte qualquer fato concreto a justificar tal presunção, notadamente por se tratar de réu com condições pessoais favoráveis.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, podendo o juiz de primeiro grau decretar nova custódia, desde que devidamente fundamentada, ou verificar se é o caso de aplicar as medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

(HC 310.722/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015)

Ademais, quanto ao fundamento constante da decisão constritiva referente à vedação da liberdade provisória aos flagrados na suposta prática dos crimes descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma, verifica-se que se encontra na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal, razão pela qual, desde já, afasto-o. A propósito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. 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). NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Recorrente preso preventivamente em 23/09/2013, pela suposta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, porque teria levado consigo 338 porções de cocaína, na forma de crack, com peso líquido de 188 gramas.

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 a 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. Na hipótese, o magistrado de primeira instância não apresentou argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar da Recorrente, pois, apesar de afirmar a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, restando esta amparada, tão somente, na gravidade do delito e na alusão genérica e abstrata sobre a possibilidade de risco de reiteração delitiva.

4. O acórdão combatido, por sua vez, manteve a prisão cautelar do Recorrente mediante considerações genéricas acerca da gravidade do crime. 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.

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 processante, sem prejuízo da imposição de outras medidas que entender necessárias."

(RHC 46.634/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão que concedeu ao paciente, ora agravado, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado, ante a negativa do direito de recorrer em liberdade motivada apenas na menção genérica aos fundamentos autorizadores da prisão cautelar, à gravidade abstrata do delito supostamente cometido e à mera alusão de necessidade da custódia cautelar para assegurar a aplicação da lei penal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 104.339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012.

3. Impõe-se a demonstração da presença dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal com a utilização de elementos concretos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o que, no caso, não ocorreu.

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 259.629/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 18/03/2013)

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus***, confirmando a liminar, para que o recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, 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: 2015/0150320-7

RHC 60.905 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000230725201514 02802204220158130000 10000150280220001 188150037474
230725201514 237067120158130188 2802204220158130000

EM MESA

JULGADO: 06/08/2015

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RAPHAEL HENRIQUE DOS SANTOS GONÇALVES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.