



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.262 - MS (2011/0047204-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DENEGADA.

1. A Paciente foi presa em flagrante delito, pela Polícia Rodoviária, transportando 700 g (setecentos gramas) de crack, em um ônibus de viagem.

2. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça 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 XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida e porque o crime foi praticado no interior de transporte intermunicipal, colocando em perigo os demais passageiros, o que evidencia risco à ordem pública.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 16 de junho de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.262 - MS (2011/0047204-9)

IMPETRANTE : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO, presa em flagrante delito, em 24 de outubro de 2010, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, denegando a ordem originária, manteve a decisão monocrática que negou o pedido de liberdade provisória da ora Paciente, assim ementado:

"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA – EXISTÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE DO DELITO E INDÍCIOS DE AUTORIA – SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (700G DE CRACK) – VEDAÇÃO DO ARTIGO 44 DA LEI 11.343/04 – ANÁLISE À LUZ DO CASO CONCRETO – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SEGREGAÇÃO MANTIDA PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS IRRELEVANTES – CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

A vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006, que prevê que o crime previsto no arts. 33, caput (tráfico de drogas) é inafiançável e insuscetível de liberdade provisória, deve ser analisado à luz das circunstâncias peculiares de cada caso concreto, segundo precedente do Supremo Tribunal Federal.

As condições favoráveis da paciente, como primariedade, bons antecedentes, família constituída, residência fixa e ocupação lícita não bastam para afastar a possibilidade de prisão preventiva quando esta é ditada em elementos concretos, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, no tocante a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria." (fl. 97)

O Impetrante alega, além da ausência dos requisitos autorizativos da prisão preventiva, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06, que veda a concessão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade provisória ao preso em flagrante como incurso no crime de tráfico de drogas. Busca, assim, em liminar e no mérito, a concessão do benefício da liberdade provisória à Paciente.

O pedido de liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 110/111.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 120/129, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 133/141).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.262 - MS (2011/0047204-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DENEGADA.

1. A Paciente foi presa em flagrante delito, pela Polícia Rodoviária, transportando 700 g (setecentos gramas) de crack, em um ônibus de viagem.

2. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça 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 XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ademais, as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida e porque o crime foi praticado no interior de transporte intermunicipal, colocando em perigo os demais passageiros, o que evidencia risco à ordem pública.

4. Ordem denegada.

VOTO

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

A questão suscitada, em síntese, diz respeito à possibilidade de se conceder o benefício da liberdade provisória a ré presa em flagrante delito por tráfico ilícito de drogas.

Consta dos autos que a Paciente, no dia 24 de outubro de 2010, foi flagrada por Policiais Rodoviários, enquanto transportava 700 g (setecentos gramas) de crack, no interior do ônibus da Viação Mota, qua fazia o percurso as cidades sul-mato-gronssenes de Ponta Porã e Três Lagoas.

O Juízo da 2.ª Vara de Ivinhema/MS indeferiu o pedido de liberdade provisória da Paciente com base na vedação ao benefício trazida pela Lei n.º 11.343/06 e nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduziu o Magistrado que: *"É óbvio o risco à ordem pública, onde a requerente poderá continuar se dedicando ao transporte de drogas, um câncer social, tendo envolvimento mediato ou imediato na grande maioria dos crimes que assolam o país"* (fl. 66).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O benefício da liberdade provisória foi negado, ainda, porque *"a requerente foi surpreendida transportando drogas ilícitas no interior de um coletivo, colocando em risco as pessoas que com ela viajavam no momento da abordagem policial"* (fl. 69).

O Tribunal de origem, confirmando a decisão do Juízo de primeiro grau, manteve a prisão da Paciente, com base nos seguintes fundamentos:

"Inicialmente, saliento que no Recurso Extraordinário 601.384, em trâmite no Supremo Tribunal Federal relatado pelo Ministro Marco Aurélio, discute-se a legalidade da decisão que rejeitou o pedido de liberdade provisória a acusados de tráfico de drogas, com base apenas na vedação contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006, que prevê que:

“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”.

Em consulta ao site em 3 de fevereiro de 2011, no endereço eletrônico

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690064>, do Supremo Tribunal Federal, consta que no dia 11/09/2009, o Plenário Virtual do STF:

“reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Joaquim Barbosa. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello e Cármen Lúcia”, sendo que no dia 31/05/2010, a PGR opinou pelo provimento do recurso extraordinário.

Assim:

“em que pese a matéria em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não ter tido o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalece, na jurisprudência dos Tribunais Pátrios, entendimento contrário à pretensão do Impetrante, no sentido de que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu acusado da prática de crime hediondo ou equiparado”, conforme decidido pela Ministra Laurita Vaz, no julgamento proferido em sede liminar no HABEAS CORPUS Nº 148.466 - PR (2009/0186425-9), publicado em 14/10/2009.

Entretanto, entendo que o pedido de concessão de liberdade provisória no delito de tráfico de drogas deve ser analisado à luz das circunstâncias peculiares de cada caso concreto, segundo precedente do Supremo Tribunal Federal em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no HC nº 97976, de 12.03.2009.

Com efeito, a custódia cautelar da paciente Leide Aparecida Moreira Caetano, é indispensável para a conveniência da instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, aplicação da lei penal e garantia da ordem pública, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, em razão da gravidade do delito, da quantidade de drogas apreendidas em seu poder, cerca de 700 gramas de "crack", que possui alto poder lesivo." (fls. 99/100)

O writ não pode ser concedido.

Com efeito, o legislador ordinário, reiterando o seu pensamento exposto na Lei dos Crimes Hediondos, ao editar a nova Lei de Tóxicos, vedou expressamente a concessão de liberdade provisória, *ad litteram*:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, 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."

Julgando válida a referida proibição, o próprio Supremo Tribunal Federal, em recentes precedentes, denegou a ordem de *habeas corpus* em que acusados do cometimento do crime de tráfico de drogas pretendiam ser beneficiados com a liberdade provisória, ressaltando que a vedação ao benefício decorre da própria disposição do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade da referida infração penal.

Confirmam-se:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE POR RECEPÇÃO (ART. 180 DO CP), POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/03) E TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06). PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES). JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante delito, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, quando impedia a "fiança e a liberdade provisória", de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança.

2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que **"a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: [...] seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança"** (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence).

3. Correto esse entendimento jurisprudencial, na medida em que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

título prisional em que o flagrante consiste opera por si mesmo; isto é, independentemente da presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Há uma presunção constitucional de periculosidade da conduta protagonizada pelo agente que é flagrado praticando crime hediondo ou equiparado. A Constituição parte de um juízo apriorístico (objetivo) de periculosidade de todo aquele que é surpreendido na prática de delito hediondo, o que já não comporta nenhuma discussão. Todavia, é certo, tal presunção opera tão-somente até a prolação de eventual sentença penal condenatória. Novo título jurídico, esse, que há de ostentar fundamentação específica quanto à necessidade, ou não, de manutenção da custódia processual, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 387 do CPP. Decisão, agora sim, a ser proferida com base nas coordenadas do art. 312 do CPP: seja para o acautelamento do meio social (garantia da ordem pública), seja para a garantia da aplicação da lei penal. Isso porque o julgador teve a chance de conhecer melhor o acusado, vendo-o, ouvindo-o; enfim, pôde aferir não só a real periculosidade do agente, como também a respectiva culpabilidade, elemento que foi necessário para fazer eclodir o próprio decreto condenatório.

4. Isso não obstante, esse entendimento jurisprudencial comporta abrandamento quando de logo avulta a irregularidade do próprio flagrante (inciso LXV do art. 5º da CF/88), ou diante de uma injustificada demora da respectiva custódia, nos termos da Súmula 697 do STF ("A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo"). O que não é o caso dos autos.

5. Ordem denegada." (STF, HC 103.399/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 20/08/2010; sem grifo no original.)

"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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.*" (STF, HC 99.333/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 01/07/2010; sem grifo no original.)

No mesmo sentido, esta egrégia Quinta Turma firmou entendimento, considerando válido o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO, PELO ART. 2º, INCISO II, DA LEI 8.072/90 E PELO ART. 44 DA LEI 11.343/06. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 52/STJ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança.

2. A legislação infraconstitucional (arts. 2º, II, da Lei 8.072/90 e 44 da Lei 11.343/06) também veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação legal é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória (HC 76.779/MT, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 3/4/08).

4. [...].

5. *Encerrada a instrução resta superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa (Súmula 52 do STJ).*

6. *Ordem denegada.*" (HC 161.809/AM, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 02/08/2010.)

Ressalte-se, por pertinente, que a supressão promovida pela Lei n.º 11.464/2007, quanto à vedação legal do benefício da liberdade provisória, em nada afetou as orientações acima esposadas.

A Lei n.º 11.343/2006, por regular particularmente a disciplina dos crimes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico, é **especial** em relação à Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo, portanto, qualquer antinomia no sistema jurídico, à luz do brocardo *lex specialis derogat legi generali*.

Portanto, com amparo nos precedentes e nos posicionamentos acima apresentados, conclui-se que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu acusado da prática de crime hediondo ou equiparado.

Ressalte-se, ademais, que as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da natureza e quantidade da droga apreendida e porque o crime foi praticado no interior de transporte intermunicipal, colocando em perigo os demais passageiros, o que evidencia risco à ordem pública.

Cumprе esclarecer, por fim, que a existência de condições pessoais favoráveis – tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa – não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0047204-9

HC 199.262 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12100018477 20110008440

EM MESA

JULGADO: 16/06/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEIDE APARECIDA MOREIRA CAETANO (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.