



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.331.129 - SC (2012/0132564-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JORGE SÁ ROSA
AGRAVADO : JONAS SÁ ROSA
AGRAVADO : ANTONIO MACHADO ROSA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SEWALD

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART.312 DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 104.339. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "E LIBERDADE PROVISÓRIA", CONSTANTE DO *CAPUT* DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alegação trazida pelo agravante para sustentar a violação do art. 312 do Código de Processo Penal não foi formulada nas razões do recurso especial, de modo que não é possível sua análise em sede de agravo regimental, em face da preclusão consumativa.
2. As razões do recurso especial limitam-se a apontar violação ao artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ao argumento de que a vedação legal a liberdade provisória quanto ao tráfico de drogas é fundamento suficiente para o seu indeferimento.
3. O Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Plenário, em julgamento ocorrido em 10.05.12, nos autos do HC nº 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*.
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende que não basta a vedação legal para que seja mantida a prisão processual.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de outubro de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.331.129 - SC (2012/0132564-5)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JORGE SÁ ROSA**
AGRAVADO : **JONAS SÁ ROSA**
AGRAVADO : **ANTONIO MACHADO ROSA**
ADVOGADO : **LUIZ FERNANDO SEWALD**

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão monocrática de minha lavra que negou seguimento ao recurso especial, tendo sido ementada nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 104.339/SP. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "E LIBERDADE PROVISÓRIA", CONSTANTE DO CAPUT DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Sustenta o agravante que "no caso dos autos, o Tribunal de origem concedeu a liberdade provisória aos ora recorridos, sob o argumento de que não estavam presentes dos requisitos previstos no art.312 do CPP. Ocorre que ao contrário do fundamentado no acórdão recorrido e da decisão monocrática da Eminentíssima Ministra Relatora, as prisões dos Recorridos devem ser mantidas para a garantia da ordem pública, com base em fundamentação concreta."

Requer, assim, "a) seja este agravo regimental submetido ao prolator da decisão agravada, de acordo com o art. 259 do RISTJ e, em juízo de reconsideração, seja provido o agravo em recurso especial; b) caso não seja reconsiderada a decisão recorrida, seja submetido este recurso à Egrégia Sexta Turma desse Colendo Tribunal Superior, a fim de ser reformada a decisão monocrática em tela, decidindo-se pelo provimento do recurso especial, para que seja mantida a custódia cautelar dos Agravados, nos termos das razões expostas."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.331.129 - SC (2012/0132564-5)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART.312 DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 104.339. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "E LIBERDADE PROVISÓRIA", CONSTANTE DO *CAPUT* DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alegação trazida pelo agravante para sustentar a violação do art. 312 do Código de Processo Penal não foi formulada nas razões do recurso especial, de modo que não é possível sua análise em sede de agravo regimental, em face da preclusão consumativa.
2. As razões do recurso especial limitam-se a apontar violação ao artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ao argumento de que a vedação legal a liberdade provisória quanto ao tráfico de drogas é fundamento suficiente para o seu indeferimento.
3. O Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Plenário, em julgamento ocorrido em 10.05.12, nos autos do HC nº 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*.
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende que não basta a vedação legal para que seja mantida a prisão processual.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O inconformismo não merece acolhimento.

Extrai-se dos autos que a alegação trazida pelo agravante para sustentar a violação do artigo 312 do Código de Processo Penal não foi suscitada oportunamente, razão pela qual encontra óbice na preclusão, uma vez que é inviável a análise de argumento novo em sede de agravo regimental.

Com efeito, as razões do recurso especial limitam-se a apontar violação ao artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ao argumento de que a vedação legal a liberdade provisória quanto ao tráfico de drogas é fundamento suficiente para o seu indeferimento, nada mencionando sobre a presença dos requisitos no artigo 312 do Código de Processo Penal, especialmente a garantia da ordem pública.

Nesse sentido, confira-se precedente desta egrégia Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA. NULIDADE. PREJUDICIALIDADE DOS DEMAIS PEDIDOS. INOVAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. A Sexta Turma deste Tribunal entende que - da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal - resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de procedimento específico, qual seja, procedimento administrativo disciplinar, indispensável para se verificar a configuração da falta grave, sob pena de se ter a produção unilateral de provas, o que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado.

2. Sendo declarada a nulidade da decisão que reconheceu o cometimento de falta grave pelo apenado, fica prejudicada a análise das demais questões, inclusive a suposta ausência de previsão legal no sentido de determinar o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios pelo cometimento de falta disciplinar.

3. A inovação de tese recursal é inadmissível em agravo regimental, em decorrência do princípio da preclusão consumativa.

4. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido.

(grifo não original - AgRg no REsp 1339083/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012)

Desse modo, tem-se que o provimento hostilizado concluiu que não basta a vedação legal para que seja mantida a prisão processual. Destacando, ainda, que o Supremo Tribunal Federal declarou, em sede incidental, a inconstitucionalidade da prisão *ex lege* constante do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, verbis:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (HC 104.339/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES)

A respeito do tema, segue, ainda, o seguinte julgado do Excelso Pretório:

"HABEAS CORPUS" - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA POR DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - LEI DE DROGAS (ART. 44) - PRISÃO CAUTELAR 'EX LEGE' - INADMISSIBILIDADE (HC 100.742/SC, REL. MIN. CELSO DE MELLO) - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PRECEDENTES - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, "hic et nunc" da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. **A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.** - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. (HC 105270, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 25-11-2011 PUBLIC 28-11-2011).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0132564-5

AgRg no
REsp 1.331.129 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110958664 20110958664000100 75110083266

EM MESA

JULGADO: 17/10/2013

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. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO	: JORGE SÁ ROSA
RECORRIDO	: JONAS SÁ ROSA
RECORRIDO	: ANTONIO MACHADO ROSA
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO SEWALD
CORRÉU	: VARNER GOMES BRAGA
CORRÉU	: DIOGENES DA ROCHA ALVES
CORRÉU	: FABRÍCIO LOPES GOMES DA SILVA
CORRÉU	: ANDERSON LUIZ JULIÃO ALVES
CORRÉU	: CAROLINE CIPRIANO DE VALGAS SERAFIM
CORRÉU	: LEONARDO ROZA DA SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: JORGE SÁ ROSA
AGRAVADO	: JONAS SÁ ROSA
AGRAVADO	: ANTONIO MACHADO ROSA
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO SEWALD

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.