

24/05/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 105.929 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **AILTON GONÇALVES DA SILVA**
IMPTE.(S) : **WANDERLEY RODRIGUES BALDI**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Habeas Corpus. 2. Paciente preso em flagrante por suposta prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes. 3. Pedido de liberdade provisória indeferido pelo Juízo de primeiro grau. Decisão judicial devidamente motivada em elementos concretos. 4. Flagrante preparado. Não ocorrência. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado. 6. Ordem denegada.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de maio de 2011.

Ministro GILMAR MENDES
Presidente e Relator
Documento assinado digitalmente

24/05/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 105.929 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : AILTON GONÇALVES DA SILVA
IMPTE.(S) : WANDERLEY RODRIGUES BALDI
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por MARCOS ROGÉRIO FERREIRA, em favor de AILTON GONÇALVES DA SILVA.

Nestes autos, a defesa questiona decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* n. 153.714/SP.

Conforme narra o impetrante, o paciente foi preso em flagrante por suposta prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes. A defesa formulou pedido de relaxamento da prisão em flagrante e/ou liberdade provisória ao Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital de São Paulo, que o indeferiu.

Contra essa decisão, impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem.

Inconformada com a decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, pleiteando a concessão da liberdade provisória em favor do paciente, com a expedição do respectivo alvará de soltura em seu favor, tendo a ordem sido indeferida, nos seguintes termos:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. FLAGRANTE PREPARADO. INEXISTÊNCIA. TESE DE EXCESSO DE

HC 105.929 / SP

PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Não se descarta que o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada no Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, Rel. Min. 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 nº 11.343/2006.

2. Entretanto, a matéria em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não teve o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo, na jurisprudência dos Tribunais Pátrios, o entendimento de que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos 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 LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes.

3. Inexiste flagrante preparado quando a atividade policial não provoca ou induz ao cometimento do crime, sobretudo em relação ao delito de tráfico, que é de ação múltipla, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie. Precedentes.

4. A tese de excesso de prazo na formação da culpa não foi apreciada pelo Tribunal a quo. O exame da alegação, nessa oportunidade, configuraria vedada supressão de instância.

5. *Habeas Corpus*, parcialmente conhecido e nessa parte, DENEGADO”.

Daí, o presente *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.

Nestes autos, a defesa sustenta o seguinte: a) a “vedação legal do benefício de liberdade provisória, em nada afeta a cláusula proibitiva da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006”; b) o flagrante foi preparado, com a incidência da Súmula 145 desta Corte; e c) excesso de prazo na formação da culpa.

HC 105.929 / SP

Assim, pleiteia liminar para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente até o julgamento do mérito do RE n. 601.384/RS, rel. Min. Marco Aurélio, processo-paradigma da repercussão geral.

No mérito, pede a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida pelo Min. Cezar Peluso em 10.1.2011.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação e, se conhecida, pela denegação da ordem.

É o relatório.

24/05/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 105.929 SÃO PAULO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta o seguinte: a) a “*vedação legal do benefício de liberdade provisória, em nada afeta a cláusula proibitiva da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006*”; b) o flagrante foi preparado, com a incidência da Súmula 145 desta Corte; e c) excesso de prazo na formação da culpa. Assim, requer seja concedida a liberdade provisória ao paciente até o julgamento do mérito do RE n. 601.384/RS, rel. Min. Marco Aurélio, processo-paradigma da repercussão geral.

O Supremo Tribunal Federal, em mudança de entendimento, vem admitindo a possibilidade de concessão de liberdade provisória em se tratando de delito de tráfico de substância entorpecente, afastando a incidência da vedação, em abstrato, determinada pela legislação vigente (HC n. 93.115/BA, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJe 28.5.2010; e HC n. 100.185/PA, de minha relatoria, Segunda Turma, unânime, DJe 6.8.2010). É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, colidindo com diversos dispositivos constitucionais, mormente à presunção de inocência.

Nesse sentido, comungo do entendimento segundo o qual a segregação cautelar — mesmo nos crimes atinentes ao tráfico ilícito de entorpecentes — deve ser analisada tal e qual as prisões decretadas nos casos dos demais delitos previstos no ordenamento jurídico, o que conduz à necessidade de serem apreciados os fundamentos da decisão que denegou a liberdade provisória ao ora paciente, no intuito de verificar se estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP, que rege a matéria.

HC 105.929 / SP

Ademais, a despeito de toda a controvérsia a envolver a suposta inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos crimes de associação e tráfico ilícito de entorpecentes, é certo que, até que sobrevenha análise definitiva desta questão, o disposto no art. 44 da Lei 11.343/2006 detém presunção de constitucionalidade, portanto hábil a produzir seus efeitos, não cabendo, na via estreita do *habeas corpus*, afastar, de forma apriorística e genérica, a sua incidência.

No caso concreto, atesto que, ao indeferir o pedido de liberdade provisória, o Juízo de primeiro grau adotou os seguintes fundamentos:

“Fls. 50/60: Trata-se de pedidos de relaxamento de flagrante ou liberdade provisória formulados pelo autuado Ailton.

Não há irregularidade na prisão.

Por primeiro, pelo que se depreende dos elementos acostados aos autos, não ocorreu ‘infiltração’ prevista na Lei nº 9.034/95, mas simples simulação, pelos policiais, da condição de interessados na aquisição de substância entorpecente. O fato de a simulação ter se prolongado por certo período não induz à conclusão de que se trata de infiltração, procedimento que demanda verdadeira integração do encarregado da investigação na organização criminosa (situação que não se verifica nos autos).

No mais, embora os autuados tenham sido induzidos pelos policiais à prática de atos de transporte e comercialização de drogas, a prisão em flagrante pelo direito de associação para o tráfico, delito de natureza permanente antecedente e concomitante a esses atos, está formalmente em ordem, não sendo o caso, portanto, de relaxamento.

As demais alegações da doutra defesa constituem questão de mérito, demandando dilação probatória, devendo por isso ser discutidas e apreciadas no momento oportuno.

Quanto ao pedido de liberdade provisória, observo que primariedade, ocupação lícita e residência fixa não asseguram a obtenção desse benefício, pois o delito em tela, além de sua extrema gravidade, guarda estreita ligação com a onda de

HC 105.929 / SP

violência que assola o país e dissemina sensação de insegurança entre a população. Disto se infere ocorrer o abalo à ordem pública, circunstância que motiva a manutenção da custódia cautelar.

Ante o exposto, indefiro os pedidos”.

Postas essas premissas, cumpre destacar que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente não está fundamentada na vedação abstrata prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Ao contrário, o Juízo de primeiro grau invocou, como razão de decidir, a necessidade de resguardar a ordem pública, tendo em vista a gravidade do delito e a sua ligação com a sensação de insegurança que dissemina entre a população.

Desse modo, consigno que, de modo geral, a prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os seguintes fundamentos para decretação da prisão cautelar, nos termos do art. 312 do CPP: i) garantia da ordem pública; ii) garantia da aplicação da lei penal; e iii) conveniência da instrução criminal.

Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie.

Dessarte, a tarefa de interpretação constitucional para análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados.

Consoante enfatizado pelo Min. Cezar Peluso, ao indeferir a liminar, não obstante o decreto não seja primoroso em termos de motivação, é certo que, bem ou mal, apresenta dados concretos a justificar a preservação da segregação cautelar do paciente com base na ordem pública. Depreende-se dos documentos acostados tratar-se de organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, com possível envolvimento de agentes estrangeiros e grande quantidade de droga apreendida. No ponto, destaco que o paciente e outros corréus foram

HC 105.929 / SP

presos em flagrante após operação policial que culminou com a apreensão de 32,2938 quilogramas de cocaína acondicionada em fundo falso no painel do veículo Fiat/Idea, de placa HTC-2746/Maracaju/MS.

Feitas essas considerações, concluo que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória atendeu aos requisitos do art. 312 do CPP, especialmente no que diz respeito à indicação de elementos concretos que, no momento da decretação, fossem imediatamente incidentes a ponto de ensejar o decreto cautelar.

Por outro lado, melhor êxito não assiste ao impetrante na parte em que requer seja determinado ao Tribunal de origem que se abstenha de proferir julgamento contrário à liberdade provisória até que esta Suprema Corte decida a controvérsia debatida no âmbito do RE 601.384. De fato, o reconhecimento da existência de repercussão geral não tem o condão de impedir o julgamento de *habeas corpus* que versem sobre esta específica matéria. Entendimento diverso importaria, inclusive, em inevitável invasão deste STF nas competências constitucionalmente definidas ao STJ, o que, por si só, acaba por demonstrar a flagrante inviabilidade jurídica da tese levantada pela defesa.

Quanto à segunda alegação, em que requer seja reconhecido o flagrante preparado, tenho para mim ser de todo irreparável a decisão proferida pelo STJ que assentou: *“o fato de os policiais condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie”*.

No que tange ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, certifico que essa tese não foi suscitada perante STJ, o que, de certo, comportaria o não conhecimento do *writ* nesta parte, sob pena de supressão de instância. Ainda que superado esse óbice, importante destacar que o feito não se encontra devidamente instruído para uma

HC 105.929 / SP

escorreita análise da questão. É que a defesa não juntou documentos que levem a comprovar, de plano, o alegado excesso de prazo, constando dos autos somente o andamento processual da ação penal, o que, de fato, não permite obter maiores informações acerca das peculiaridades da causa.

Por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do réu, por si só, não afastam a possibilidade de decretação da prisão preventiva (cf.: HC n. 98.113/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 12.3.2010; HC n. 96.235/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 5.3.2010; HC n. 98.331/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.12.2009).

Nesses termos, meu voto é no sentido de indeferir a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 105.929

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : AILTON GONÇALVES DA SILVA

IMPTE.(S) : WANDERLEY RODRIGUES BALDI

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Indeferida a ordem, nos termos do voto do Relator.
Decisão unânime. **2ª Turma**, 24.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador