

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 170.005 - RS (2010/0072941-3)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : GILBERTO DE JESUS LINCK E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ISABEL CRISTINA BENDER (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA. INVOCAÇÃO PURA E SIMPLES DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. Se o magistrado de primeira instância deferiu o pedido de liberdade provisória, por entrever dúvidas acerca da autoria, ou seja, não se sabe se a droga é mesmo da paciente e nem se foi, de fato, encontrada na sua residência, não poderia o Tribunal, em recurso em sentido estrito, sem demonstração concreta da custódia cautelar, invocar, pura e simplesmente, o art. 44 da Lei n. 11.343/06 e o montante de droga apreendido.

3. A quantidade de droga, em casos deste jaez, não sem mostra idônea ao indeferimento da liberdade provisória, pois depende da premissa maior, é dizer, a própria definição da autoria que, *in casu*, é nebulosa.

4. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau de jurisdição, concessiva da liberdade provisória.

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 Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 30 de junho de 2010(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 170.005 - RS (2010/0072941-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GILBERTO DE JESUS LINCK E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ISABEL CRISTINA BENDER (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Gilberto de Jesus Linck e outro em favor de ISABEL CRISTINA BENDER, apontando como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Processo n.º 014/2.09.0001122-5/7003312103).

Segundo se colhe da inicial e das peças que a acompanham, a paciente foi presa em flagrante, em 5/5/2009, pela suposta prática de conduta descrita abstratamente no tipo do artigo 33, *caput* da Lei n.º 11.343/06.

Formulado pedido de liberdade provisória em favor da paciente, houve por bem o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Esteio - RS indeferi-lo.

Reiterado o pleito, o juízo deferiu a liberdade provisória (114/115), pondo em dúvida a autoria.

Irresignado, o Ministério Público fez interpor recurso em sentido estrito, tendo o tribunal de origem dado provimento à irresignação, em acórdão assim sintetizado (fl. 194):

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE DROGAS. HOMOLOGAÇÃO DO FLAGRANTE. MANTENÇA DA PRISÃO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL.

Inicialmente, destaca-se que esta colenda 2ª Câmara Criminal se filia ao entendimento de que o flagrante prende por si só.

Outrossim, enfatiza-se, conforme o disposto no artigo 44 da nova Lei de Tóxicos de n.º 11.343/06, descabe a concessão de liberdade provisória em se tratando do delito de tráfico.

Recolhimento que se mostra necessário para a garantia da ordem pública, na forma do art. 312 do CPP, não podendo ser olvidado, ainda, a quantidade de droga que é expressiva, o tipo da mesma (crack) e o local em que houve a apreensão, que, notoriamente, estaria ligado a ser ponto de tráfico.

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.
PRISÃO CAUTELAR RESTABELECIDA."**

Daí a presente impetração, alegando, inicialmente, a inexistência de indícios de autoria, ou de qualquer dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, além do

Superior Tribunal de Justiça

que o único fundamento do acórdão atacado, a regra prevista no art. 44 da Lei n.º 11343/06, restringe, de maneira desproporcional, o direito fundamental à liberdade provisória.

Requer, liminarmente e no mérito, seja concedido à paciente o direito de aguardar o julgamento de seu processo em liberdade.

Às fls. 224/225 determinei, de plano, a remessa dos autos a parecer do Ministério Público Federal, dadas as peculiaridades do caso, notadamente a dúvida quanto à autoria.

O *Parquet* Federal opina pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Configura constrangimento ilegal a manutenção da prisão cautelar quando não houver indício suficiente de autoria.
2. Parecer por que seja concedida a ordem para assegurar à paciente o direito de responder ao processo em liberdade." (fls.230)

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 170.005 - RS (2010/0072941-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA. INVOCAÇÃO PURA E SIMPLES DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. Se o magistrado de primeira instância deferiu o pedido de liberdade provisória, por entrever dúvidas acerca da autoria, ou seja, não se sabe se a droga é mesmo da paciente e nem se foi, de fato, encontrada na sua residência, não poderia o Tribunal, em recurso em sentido estrito, sem demonstração concreta da custódia cautelar, invocar, pura e simplesmente, o art. 44 da Lei n. 11.343/06 e o montante de droga apreendido.

3. A quantidade de droga, em casos deste jaez, não sem mostra idônea ao indeferimento da liberdade provisória, pois depende da premissa maior, é dizer, a própria definição da autoria que, *in casu*, é nebulosa.

4. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau de jurisdição, concessiva da liberdade provisória.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relator):

Na decisão de concessão de liberdade provisória, salientou o magistrado:

"Como visto, os policiais afirmaram que apreenderam a droga na entrada da casa, no pátio, enquanto que a ré diz que foi no portão, destacando a prova oral que a acusada não ofereceu resistência á visita dos policiais. Os milicianos ouvidos, confirmaram, ainda, que nos arredores da casa da ré havia vários usuários, o que também não afronta a versão da acusada.

Assim, a especificação exata do local onde foi apreendida a droga e se esta pertencia á ré ou a eventual traficante que reside em local confinante ao seu domicílio, são questões a ser desveladas no decorrer da instrução processual.

Não obstante a quantidade de droga apreendida, o que em um primeiro momento deu azo a sua custódia, tenho que a soltura da ré é medida impositiva, pois, embora existam elementos suficientes para a instauração de uma ação penal, não bastam para mantê-la presa provisoriamente até o desfecho do caso (parágrafo único do artigo 310 do CPP).

Nesse mesmo sentido, realço que a acusada não registra antecedentes criminais (fl. 42).

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido defensivo, determinando a imediata soltura de **ISABEL CRISTINA BENDER**, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação da medida, em consonância com o preceito do caput do artigo 310 do CPP."

Superior Tribunal de Justiça

Consoante se depreende, o juízo de primeiro grau de jurisdição, que é quem está mais próximo da causa, põem em dúvida a autoria, ou seja, não há demonstração efetiva, na espécie, de que a droga era mesmo da paciente, tampouco se foi a substância apreendida na sua residência.

Ora, como é cediço, os indícios de autoria são o primeiro e básico requisito para a segregação cautelar, não havendo como manter a prisão na sua ausência, como ocorre no caso, ainda que tenha o acórdão em xeque suscitado a quantidade de droga.

Em realidade, não se podendo afirmar, indiciariamente, conforme a decisão de primeiro grau, ser a paciente a autora dos fatos, o montante de droga não pode ser motivo bastante para o encarceramento prévio ou para a sua manutenção, pois, como é óbvio, decorre, logicamente, da delimitação daquela premissa maior, ou seja, de saber quem é o autor.

Além do mais, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Público e cassar a decisão monocrática, não demonstra, de forma suficiente, a presença dos requisitos da prisão cautelar, limitando-se a fazer menção ao art. 312 do Código de Processo Penal e a invocar o art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

Confira-se, a propósito, o seguinte excerto do julgado:

"Em consequente, ainda que respeite a manifestação exarada pelo douto Juízo *a quo*, não é viável que ela seja mantida.

Afinal, vários elementos conduzem a esse entendimento, tais como, a quantidade de droga que se mostra expressiva, mormente ante o tipo da mesma (crack), o local em que houve a apreensão, que, notoriamente, estaria ligado a ser ponto de tráfico.

Presentes, na espécie, é o que penso, os vetores do artigo 312 do CPP.

Impende referir, *in casu*, que esta colenda 2ª Câmara Criminal se filia ao entendimento de que o flagrante prende por si só, e tal corrente não é isolada

(.....)

Outrossim, enfatiza-se, conforme o disposto no artigo 44 da nova Lei de Tóxicos de nº 11.343/06, descabe a concessão de liberdade provisória em se tratando do delito de tráfico, mormente em não exurgindo de plano, situação de mero consumo, na espécie, ou de evidente ilegalidade." (fls.209/212)

O entendimento da Sexta Turma desse Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema é no sentido de que não basta a invocação do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 para negar a liberdade provisória ao preso em flagrante, pelo delito de tráfico, se não demonstrada a presença concreta dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, sem os quais não há como manter o encarceramento cautelar.

Eis as ementas:

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. CUSTÓDIA MANTIDA EM RAZÃO DA VEDAÇÃO LEGAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS.FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1 - A Sexta Turma desta Corte tem reiteradamente proclamado, ressaltado o meu entendimento pessoal, que, mesmo na hipótese de crime de tráfico de entorpecentes - hediondo por equiparação -, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não obstante a vedação à liberdade provisória contida na nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, eis que entendido que a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção.

2 - Mantida a custódia cautelar do paciente em razão da vedação legal, tecendo o magistrado, ainda, considerações de ordem genérica a respeito da necessidade de resguardo da ordem pública, sem qualquer demonstração concreta da imperiosidade da medida, fica evidenciado o constrangimento ilegal.

3. Habeas corpus concedido.

(HC 155.380/PR, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. REPERCUSSÃO DO DELITO. VEDAÇÃO LEGAL. MEDIDA QUE NÃO SE JUSTIFICA. POUCA DROGA.

PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. Se o magistrado de primeira instância indeferiu o pedido de liberdade provisória amparado apenas na vedação legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, na quantidade de droga (28 pedras de cocaína) e na repercussão social causada pelo delito, fica evidente o constrangimento ilegal. Tais motivos não se revelam idôneos para justificar a imprescindibilidade da medida extrema, destacando-se que já foi proferida sentença condenatória, sendo fixada a reprimenda no mínimo legal.

3. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o inquérito policial é procedimento inquisitivo e não sujeito ao contraditório, razão pela qual a realização de interrogatório sem a presença de advogado não é causa de nulidade.

4. Ordem parcialmente concedida para garantir à paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

(HC 139.412/SC, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 22/03/2010)

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO – LIBERDADE PROVISÓRIA – RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO – REPERCUSSÃO

Superior Tribunal de Justiça

SOCIAL – ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA – AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE – PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS – TRINTA E UM INVÓLUCROS DE MACONHA – IMPOSSIBILIDADE DE COMPARAÇÃO COM OS GRANDES TRAFICANTES QUE ASSOLAM O PAÍS – VEDAÇÃO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

1. A gravidade abstrata do delito atribuído ao agente é insuficiente para a manutenção de sua prisão provisória, sob pena de afronta à garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade.

Precedentes.

2. Da mesma forma, a invocação da repercussão social do delito não se presta para a justificação da constrição cautelar, sob pena de antecipação do cumprimento da reprimenda, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente quando a quantidade de drogas encontrada em poder dos agentes não se mostra expressiva.

Precedentes.

3. Unicamente a vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006 é insuficiente para o indeferimento da liberdade provisória, notadamente em face da edição da Lei 11.464/2007, posterior e geral em relação a todo e qualquer crime hediondo e/ou assemelhado. Precedentes.

4. Dado provimento ao recurso para deferir ao recorrente os benefícios da liberdade provisória.

(RHC 24.349/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008)

O parecer do Ministério Público Federal é no mesmo sentido, asseverando:

"Dessa forma, se o juiz monocrático considerou que havia dúvida sobre a propriedade da droga apreendida, o que tornou frágil o indício de autoria do delito, o e. tribunal de justiça, para restabelecer a prisão cautelar, deveria ter enfrentado a questão, o que não ocorreu. É certo que o art. 44 da Lei nº 11.343/06 veda expressamente a liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de drogas. Contudo, o que se verifica no presente caso é uma nítida hipótese de ausência de flagrante, dada a falta de indícios de autoria, o que enseja, logicamente, seu relaxamento. Ora, se há dúvida quanto à propriedade da droga, por óbvio que não há flagrante.

Portanto, ausente a situação de flagrante, o tribunal não poderia ter restabelecido a medida constritiva com base na vedação legal de liberdade provisória." (fls.232)

Ante o exposto, concedo a ordem para restabelecer a decisão de primeiro grau, concessiva da liberdade provisória.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2010/0072941-3

HC 170.005 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1420900011225 20900011225 70033121203

EM MESA

JULGADO: 30/06/2010

Relatora

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ADEMAR VIANA FILHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GILBERTO DE JESUS LINCK E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ISABEL CRISTINA BENDER (PRESO)

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 Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 30 de junho de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário