

**Tráfico ilícito de drogas - Prisão em flagrante
- Liberdade provisória - Indeferimento -
Fundamentação - Vedação legal do art. 44 da Lei
11.343/06 - Ausência de elementos concretos
- Afronta ao princípio da presunção de inocência
e do devido processo legal - Lei 11.464/07
- Liberdade provisória em crimes hediondos -
Admissibilidade - Prisão cautelar - Art. 312 do
CPP - Requisitos ausentes - Ordem concedida**

Ementa: *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Liberdade provisória indeferida. Decisão carente de concreta fundamentação. Inidoneidade. Ordem concedida.

- O fato de o artigo 44 da Lei 11.343/2.006 vedar a liberdade provisória aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, não obsta, por si só, a concessão do benefício a acusados por tais delitos, por violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da individualização da pena.

- Em matéria de prisão cautelar, a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais importa o dever da real e efetiva demonstração de que a constrição atende a pelo menos um dos requisitos previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, sem o que ocorrerá a inversão da presunção de não-culpabilidade, que deve prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

**HABEAS CORPUS N° 1.0000.11.047657-9/000 -
Comarca de Nova Resende - Paciente: Ailton José Inácio -
Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Comarca de Nova
Resende - Relatora: DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Paulo César Dias, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER O HABEAS CORPUS, COM ALVARÁ DE SOLTURA.

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2011. *Maria Luíza de Marilac* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Ailton José Inácio*, no qual se insurge contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Nova Resende, que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, preso em flagrante delito, pela suposta prática do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Sustenta a impetração, em síntese, que o paciente é esteio de família, tem residência fixa e possui meios de sustento próprio, através do trabalho na zona rural, que lhe proporciona um padrão de vida humilde, porém digno, não necessitando, por estes motivos, de quaisquer meios ilícitos para auferir renda.

Assevera que a inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, constitui afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Afirma que a regra estabelecida na Constituição da República e nas demais leis brasileiras é a da liberdade, sendo a prisão uma exceção, não havendo, portanto, que se falar em segregação cautelar sem que haja a real necessidade de sua efetivação.

Ressalta que o artigo 44 da Lei de Drogas não está em conformidade com a legislação pátria, visto que, com a edição da Lei nº 11.464/2007, excluiu-se a vedação legal à concessão da liberdade provisória a todos os crimes hediondos e aos delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Por fim, requer a concessão definitiva da ordem, para que o paciente possa aguardar em liberdade o desenrolar de seu processo, mediante comparecimento a todos os atos.

O pedido de liminar foi por mim indeferido às f. 76-77.

Informações prestadas às f. 82-83.

A douta Procuradoria de Justiça, tendo em vista que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, opina pela perda do objeto da presente ordem, haja vista a incompatibilidade de sua pretensão com a medida a ele imposta (f. 84).

É o relatório.

Presentes os requisitos legais, conheço da presente ação autônoma de impugnação.

Li atentamente as razões da impetração, as informações prestadas, a documentação acostada, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e entendo que a ordem deve ser concedida, pelos motivos que passo a expor.

O paciente foi preso em flagrante delito pela suposta prática de crime tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/06 e, inconformado com tal situação, requereu ao ilustre juiz *a quo* a concessão de liberdade provisória, que restou indeferida sob os seguintes fundamentos (f. 96-102):

[...] Compulsando estes autos, como dito acima, constato presentes, em princípio, a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, a qual recai sobre o requerente.

Conforme se infere dos autos, encontra-se o requerente preso pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343 de 2006, crime este equiparado a hediondo, nos termos do artigo 2º, *caput*, da Lei 8.072, de 1990.

No mais, observo que o crime supostamente cometido pelo requerente, além de equiparado a hediondo, é insuscetível de anistia, graça, indulto e fiança, nos termos do artigo 5º, XLIII, da Constituição da República de 1988 e artigo 2º da Lei 8.072 de 1990.

Não bastassem tais vedações, a Lei de Drogas - 11.343 de 2006 - veda em seu artigo 44 a concessão da liberdade provisória ao crime de tráfico, estando tal artigo de Lei em plena vigência. Por se tratar de norma especial, prevalece sobre a norma geral - Código de Processo Penal - e ainda sobre a Lei 11.464, 2007 - conforme princípio comezinho de interpretação e aplicação das normas legais.

Assim, é incabível a liberdade provisória ao crime de tráfico, decorrendo a vedação, além da previsão expressa da Lei de regência - 11.343 de 2006 - da própria inafiançabilidade prevista na Constituição da República.

[...]

Não bastasse a vedação legal à concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, numa interpretação sistemática da ordem legal vigente, por certo que também não são cabíveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403, de 2011, pois o crime de tráfico é de alto potencial de lesividade, merecendo tratamento diferenciado e mais rigoroso, visto que dele advém, sem a menor sombra de dúvidas, 90 % dos outros crimes praticados neste país, vale dizer: a criminalidade, de modo geral, gira em torno do tráfico de drogas.

[...]

A prisão preventiva, no caso analisado, se mostra imprescindível para preservação da ordem pública, dada a gravidade do crime apurado e seus efeitos sobre a sociedade novarensense, considerando-se ainda o tratamento diferenciado e rigoroso que é dado ao crime de tráfico, seja pelo legislador constitucional, seja pelo infraconstitucional.

O fato de o requerente ser primário e de bons antecedentes e trabalho fixos não impede a decretação da prisão cautelar, se presentes os requisitos legais para tanto. [...]

Inicialmente, no que concerne à vedação prevista no artigo 44 da Lei 11.343/06, tenho que não é suficiente para autorizar, por si só, a manutenção da constrição cautelar.

A liberdade provisória é direito público subjetivo inerente a todos aqueles que, acusados da prática de delito, possuem os requisitos exigidos pela lei processual penal. A Constituição da República assegura que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5.º, LXVI).

Ao se denegar a liberdade provisória aos acusados dos crimes previstos na Lei 11.343/06, fundamentando-se exclusivamente na vedação legal, estar-se-ia contrariando o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal e da individualização da pena, mormente pelo fato de serem as prisões cautelares medidas excepcionais.

Ademais, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou o inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90, passou-se a admitir a concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos. Sendo o tráfico ilícito de drogas crime equiparado aos crimes hediondos, a referida lei deve alcançá-lo.

Neste sentido, cabe trazer à colação os ensinamentos do renomado professor Eugênio Pacelli:

[...] como já dissemos, a Lei nº 11.464/07 alterou a legislação dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), passando a vedar unicamente a concessão de liberdade provisória com fiança, permitindo-a, contudo, sem a prestação de fiança, ou seja, permitindo a aplicação do disposto no art. 310, parágrafo único, do CPP, para os crimes ali mencionados. Dentre eles, como se sabe, encontram-se os chamados crimes de tráfico ilícitos de drogas e entorpecentes. [...] (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. p. 537).

Nessa perspectiva, entendo que a vedação legal contida no artigo 44 da Lei Antidrogas não constitui fundamento hábil a indeferir o pedido de liberdade provisória, pois ela deve sempre ser analisada sob a ótica do artigo 312 do Código de Processo Penal, o que conduz à inafastável necessidade de fundamentação da decisão com circunstâncias objetivas do caso.

É forçoso reconhecer que a decisão aqui hostilizada funda-se, tão somente, em argumentos genéricos e abstratos, refletindo meras repetições de textos de lei, bem como subjetivismos do julgador, sem qualquer análise de fatos ou circunstâncias específicas do caso posto sob exame que se subsumam aos requisitos previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ora, é amplamente cediço que, em matéria de prisão cautelar, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real e efetiva demonstração de que a constrição atenda a pelo menos uma das hipóteses do artigo 312 do CPP, sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade há de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Neste sentido, cabe trazer à colação recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Liberdade provisória indeferida. Falta de fundamentação. Gravidade abstrata do delito. Constrangimento ilegal. 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. Hipótese em que o magistrado a quo não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema, baseando-se apenas na gravidade genérica do crime de tráfico de drogas, fundamento que se mostra insuficiente, cabendo destacar que se trata de pequena quantidade de entorpecente (10,510g de cocaína). 3. Ordem concedida para garantir ao paciente a liberdade provisória, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento aos atos processuais subsequentes, sob a ressalva de lhe ser decretada nova prisão, caso demonstrada a necessidade (STJ - HC 164702/MT - Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe 16.08.2010).

Destarte, considerando que, na hipótese, o ilustre magistrado a quo não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema, e, ainda, considerando a primariedade do paciente, concedo a ordem, para restituir a liberdade ao paciente Ailton José Inácio, determinando que se expeça alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - HABEAS CORPUS CONCEDIDO, COM ALVARÁ DE SOLTURA.