

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### ***Habeas corpus* - Processual penal - Tráfico de drogas - Prisão em flagrante - Relaxamento - Crime hediondo - Liberdade provisória - Inadmissibilidade - Vedação constitucional - Delitos inafiançáveis - Art. 5º, XLIII, da CF - Especialidade da Lei 11.343/2006 - Ordem denegada**

I - Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

II - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII).

III - A Lei 11.343/2006 é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, não existindo antinomia no sistema jurídico.

IV - Ordem denegada.

### **HABEAS CORPUS 97.463-0-MG - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

Paciente: José da Silva. Procurador: Defensor Público-Geral da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

#### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria de votos, resolvendo questão de ordem, decidir não afetar o processo a julgamento do Tribunal Pleno; vencido o Ministro Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Ayres Britto.

Brasília, 6 de outubro de 2009. - Ricardo Lewandowski - Relator.

#### **Relatório**

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de José da Silva, contra ato da Quinta Turma do

Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC 24.213/MG, de relatoria da Min. Laurita Vaz.

Narra a inicial que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33 da Lei 11.343/2006.

Aduz que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais requereu a liberdade provisória do paciente ao juízo de primeira instância, sob o argumento de ausência dos requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo o pleito indeferido.

Afirma, mais, que, ante tal decisão, a Defensoria estadual impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado e, posteriormente, recurso ordinário no Superior Tribunal de Justiça, não logrando êxito em ambas as instâncias. Este último julgado foi assim ementado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Liberdade provisória. Vedação expressa contida na Lei nº 11.343/06. Fundamentação idônea e suficiente para justificar o indeferimento do pleito.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei nº 11.343/06 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. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

2. Recurso desprovido (fl. 84).

É contra essa decisão que ora se insurge a Defensoria Pública da União.

A impetrante sustenta, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, tendo em vista “*que não há pertinência na manutenção da prisão, pois nela não se encontram os requisitos ensejadores do escarmento corporal cautelar expresso no art. 312 do Código de Processo Penal*” (fl. 13).

Alega, ainda, ser inviável falar-se em proibição de liberdade provisória no caso, diante de flagrante desconsonância com a Lei 11.464/2007.

Argumenta, também, que o art. 44 da Lei de Tóxicos, ao impedir a liberdade provisória, viola os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, sendo, portanto, contrário à Constituição.

Ao final, requer o deferimento de medida liminar para que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, a sua confirmação.

Em 14/1/2009, o Ministro Presidente desta Corte, Gilmar Mendes, solicitou prévias informações ao Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Varginha/MG (fl. 90).

Às fls. 97-100, o saudoso Min. Menezes Direito, então Relator, indeferiu a liminar e, por entender estarem os autos devidamente instruídos, dispensou as informações da autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela denegação da ordem (fls. 107-110).

Em 14/9/2009 os autos foram a mim redistribuídos, nos termos da Portaria 174, de 3 de setembro de 2009 (fl. 112).

É o relatório.

## Voto

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

Conforme relatado, busca-se neste *writ* a concessão de liberdade provisória do paciente, ao argumento de que a manutenção da prisão mostra-se insustentável por não se encontrar fundada nos requisitos da constrição cautelar, expressos no art. 312 do CPP, acrescentando que o indeferimento do benefício discrepa da Lei nº 11.464/2007.

Ora, bem examinada a decisão proferida pelo STJ, não vislumbro nela nenhuma ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem.

Isso porque o paciente foi preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, mostrando-se a atual jurisprudência desta Casa firme no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido transcrevo a ementa do HC 92.747/SP, Rel. Min. Menezes Direito, *in verbis*:

*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Não configuração de excesso de prazo. Complexidade da causa. Precedentes. Liberdade provisória. Vedação expressa do art. 44 da Lei nº 11.343/06. Ordem denegada. Precedentes da Corte.

1. A orientação perfilhada no acórdão impugnado está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a complexidade da causa ou a quantidade de testemunhas, residentes em comarcas diversas, justifiquem a razoável demora para o encerramento da ação penal.

2. A vedação de liberdade provisória contida no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.078/90 decorrida da própria inafiançabilidade prevista pelo art. 5º, inciso, XLIII, da Constituição Federal. De qualquer modo, os pacientes foram presos em flagrante quando já vigente a Lei nº 11.343/06, que veda, em seu art. 44, a concessão de liberdade provisória.

3. Ordem denegada (DJ de 25/04/08).

Cito, também, nessa linha os HCs 95.671/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 95.060/SP, Rel. Min. Carlos Britto, 94.521-AgR/SP, de minha relatoria, e 93.229/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, entre outros.

Quanto à alegada contradição com o disposto na Lei 11.464/2007, entendo que também não assiste razão à impetrante. É que, como bem ressaltado pela Min. Laurita Vaz, por ocasião do julgamento do recurso ordinário, a Lei 11.343/2006 é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, não havendo, portanto, qualquer antinomia no sistema jurídico.

Em abono dessa tese, relembro a lição de Vicente Greco Filho, o qual afirma que a modificação genérica operada por aquele diploma legal não alcança o tráfico de entorpecentes, ficando, destarte, mantida a proibição de liberdade provisória nesses casos (GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão*. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-218.)

Por fim, registro, por pertinente, que o Relator do *habeas corpus* impetrado no Tribunal de Justiça mineiro consignou ser necessário manter a segregação do paciente, nestes termos:

*Estão presentes os pressupostos para a prisão preventiva, ante a demonstração da prova da materialidade e do indício suficiente de autoria, atestados pelo APFD de f. 26/40. O paciente foi preso juntamente com outros comparsas dentro de sua residência onde foram encontrados 34 tabletes de maconha, R\$ 2.000,00 em espécie, um revólver, diversos aparelhos eletroeletrônicos, quando o paciente confirmou a posse das drogas e da arma de fogo.*

*A necessidade da medida, além da aplicação do art. 44 da Lei de Drogas, justifica-se também como forma de garantia da ordem pública pela gravidade da conduta, ante a considerável quantidade de entorpecentes encontrados na casa do paciente, a evidenciar o risco ponderável de repetição do delito (fls. 55-56 - grifos meus).*

Diante desse quadro, penso que não há qualquer coação ilegal contra o paciente a ser afastada por esta Corte, razão pela qual denego a ordem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - A causa de pedir é a inconstitucionalidade?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não. Aqui é o seguinte: alega-se que não estariam presentes os requisitos do art. 312, fundamentalmente. Foi preso em flagrante. E há uma alegada antinomia também.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Porque, para indeferirmos a ordem, teremos de assentar a constitucionalidade. Se podemos assentar a constitucionalidade, também poderíamos assentar a inconstitucionalidade. Para conceder, teríamos que assentar a inconstitucionalidade. Então, só o Plenário poderia exercer o crivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, mas a matéria é tão recorrente aqui na Casa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Eu sei, mas o tema ainda não chegou - até o ilustre Defensor ficou em dúvida se teríamos afetado, ou não, o caso ao Colegiado Maior - ao Plenário, muito embora esta seja a primeira, primeiríssima Turma do Supremo. Observem a reserva de Plenário. Embora estejamos atuando, por vezes, com *quorum* mínimo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Porque, em todos os casos semelhantes, Senhor Presidente, sempre se alega que o art. 44 - e o eminente Defensor Público alegou também -, da Lei de Tóxicos, ao impedir a liberdade provisória, viola os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, sendo, portanto, contrária à Constituição. Mas trata-se de uma inconstitucionalidade reflexa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência se pronuncia pela continuidade do julgamento?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, dado o fato de que essa matéria é tão recorrente, com todo o respeito...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Não me lembro de termos enfrentado o tema no Plenário. Já havia aberto a Constituição e votaria a partir dela.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ambas as Turmas já trataram.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - A tese que me parece mais relevante - aqui é de natureza infraconstitucional - é com relação a uma eventual antinomia entre as Leis 11.464 e a 11.343. É só isso. Quer dizer, a novidade é essa apenas. O eminente Defensor Público cita o professor Luiz Flávio Gomes e eu citarei um outro grande mestre também, de São Paulo.

Mas o Plenário já está tão sobrecarregado, Senhor Presidente, estamos com tanta...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - É. O que precisamos no Plenário - tenho dito muito isso, inclusive esta semana a Revista *Isto É* veicula a matéria, no insurgimento de advogados - é otimizar o tempo, porque é incompreensível que se realizem sessões de duas horas, de duas horas e meia, com inter-

valo de uma hora e quinze, e começando-se sempre com trinta minutos de atraso. Precisamos realmente otimizar o tempo.

Agora, penso que a matéria mostra-se própria ao Colegiado Maior. Não me sinto à vontade para declarar a constitucionalidade da lei - é causa de pedir constante da inicial - em órgão fracionado do Supremo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, respeitando o ponto de vista de Vossa Excelência - como sempre - , é que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Agora, se vencido na questão de ordem, votarei na matéria de fundo. Aguardo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - No HC 92.747, de relatoria do Ministro Menezes Direito, essa tese foi afirmada; no HC 95.671, da Ministra Ellen Gracie, também a tese foi afirmada; no HC 95.060, do Ministro Carlos Britto, também foi afirmada; no Agravo Regimental 94.521, também essa tese foi afirmada; também no HC 93.229, Ministra Cármen Lúcia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até onde me lembro, nas duas Turmas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Nós temos afirmado essa tese da constitucionalidade, da compatibilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Tomo votos quanto à questão de ordem, já adiantando o meu ponto de vista no sentido de que devemos - inclusive para que haja credibilidade, considerando nosso verbete vinculante segundo o qual, surgindo questionamento sobre a constitucionalidade, ou não, de ato normativo abstrato, cumpre deslocar o processo ao órgão maior - levar o caso ao Pleno, não se podendo, até mesmo, utilizar enfoque diverso para enfrentar-se a matéria, deixando-se de aplicar a lei ou a Constituição Federal. Pronuncio-me pelo deslocamento. Agora, se os dois colegas concluírem de forma diversa, estou pronto a votar.

#### Voto

(s/ questão de ordem)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, peço vênua a Vossa Excelência para encaminhar no mesmo sentido que votemos agora, inclusive porque o réu está preso e é preciso que tomemos uma decisão com relação a este.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Observo, apenas para a documentação em voto, o teor do art. 44 da Lei nº 11.343, que cuida especificamente do tráfico. O aparente conflito de leis se resolve no campo da especialidade.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 deste Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça ou indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Somente poderia afastar a cláusula vedadora da liberdade provisória caso concluísse pelo conflito desse dispositivo com a Carta da República. Daí ter dito que o caso ensejava deslocamento ao Plenário, presente a causa de pedir constante da inicial, ou seja, o pedido no sentido de declarar-se inconstitucional trecho do art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

Vencido, devo votar na matéria adentrando, porque está no ápice da pirâmide das normas jurídicas, a Carta Federal. Então, de início, vejo que, no inciso XLIII do rol das garantias constitucionais, do art. 5º, o tráfico ilícito de entorpecentes é considerado crime inafiançável. A fiança, de início, diz respeito à prisão em flagrante, como também a liberdade provisória. O princípio da não culpabilidade está mitigado pela própria Carta na redação primitiva, na redação do Constituinte de 1988. Prossequindo, também constato que há possibilidade, ante preceito constitucional, de ter-se a prisão em flagrante. Está previsto no inciso LXI do mesmo art. 5º:

‘LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito’ - é uma situação concreta, sabemos que essa prisão se transforma em preventiva, é substituída - ‘ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, (...)’.

Prisão em flagrante decorre normalmente de ato de autoridade policial, embora qualquer do povo possa implementá-la.

E, um pouco além, tem-se a regra segundo a qual:

‘LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir’ - aqui é justamente o contrário - ‘a liberdade provisória, (...)’.

Não fosse o preceito especial, teríamos ainda o Código de Processo Penal, no que veda a fiança em se tratando de tipo para o qual é prevista pena mínima acima de dois anos. E quanto ao tráfico, sabemos que o piso é cinco.

Entendo ser compatível com a Carta da República - e me vejo quase a integrar, neste momento, o Plenário - a vedação à liberdade provisória constante do art. 44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Com esses fundamentos, indefiro a ordem.

## Extrato de ata

Decisão: Preliminarmente, por maioria de votos, a Turma, resolvendo questão de ordem, decidiu não afetar o processo a julgamento do Tribunal Pleno; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. No mérito, por unanimidade, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falaram: o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público da União, pelo paciente; e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Ayres Britto. 1ª Turma, 06.10.2009.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Ayres Britto. Compareceu o Ministro Cezar Peluso a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira da Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Ricardo Dias Duarte - Coordenador.  
(Publicado no DJe de 20.11.2009.)