

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 100.959-0 TOCANTINS

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : **ADÃO PEREIRA FERREIRA**
IMPTE.(S) : **IVAN DE SOUZA SEGUNDO**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC Nº 147.579 DO SUPERIOR**
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de "habeas corpus", com pedido de medida cautelar, **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministro de Tribunal Superior da União, que, **em sede de outra ação** de "habeas corpus" **ainda em curso** no Superior Tribunal de Justiça (**HC 147.579/TO**), **denegou medida liminar** que lhe havia sido requerida **em favor** do ora paciente.

Presente tal contexto, impende verificar, desde logo, **se** a situação processual versada nestes autos justifica, **ou não**, o afastamento, **sempre excepcional**, da Súmula 691/STF.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, **ainda** que 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 (**HC 85.185/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO - **HC 86.634-MC/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **HC 86.864-MC/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - **HC 87.468/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO - **HC 89.025-MC-Agr/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - **HC 90.112-MC/PR**, Rel. Min. CEZAR PELUSO - **HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **HC 96.095/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **HC 96.483/ES**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Parece-me que a situação exposta **nesta** impetração **ajusta-se** às hipóteses **que autorizam** a superação do obstáculo representado pela Súmula 691/STF. **Passo**, em consequência, **a examinar** a postulação cautelar ora deduzida **nesta** sede processual.

Os fundamentos em que se apóia a presente impetração **revestem-se** de inquestionável relevo jurídico, **especialmente se se examinar** o conteúdo da decisão **que manteve** a prisão cautelar do ora paciente (prisão em flagrante), **confrontando-se**, para esse efeito, **as razões** que lhe deram suporte **com os padrões** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em análise.

Eis, no ponto, **em seus aspectos essenciais**, **o teor da decisão**, que, **emanada** da MM^a. Juíza de Direito da 4^a Vara Criminal

da comarca de Palmas/TO, motivou as sucessivas impetrações de "habeas corpus" **em favor** do ora paciente (fls. 59/60):

"A concessão da liberdade provisória nesta oportunidade se mostra prematura e temerária, na medida em que o indiciado sequer foi ouvido em juízo, sendo certo que pelas circunstâncias em que ocorreu a prisão, há fortíssimos indícios de que o entorpecente apreendido era destinado ao tráfico.

Não é de se olvidar que o tratamento dado ao traficante não pode ser igual, por exemplo, o dado a um homicida. Se o homicida obter a liberdade provisória, certamente não sairá por aí matando o primeiro que aparecer na sua frente. No entanto, o traficante, basta colocar os pés fora da prisão e na primeira oportunidade volta a traficar. O 'entra e sai da cadeia' é certamente o maior dos estímulos que o Juiz e o Tribunal podem dar ao tráfico. É a certeza de que traficar vale a pena.

Por fim não se pode ignorar que o traficante 'formiguinha', aquele que esconde a maior parte da droga e pega pequenas quantidades para distribuir, pratica um crime tão grave quanto o do chefe do tráfico, já que sem o trabalho 'formiguinha' a droga não chegaria até o usuário.

Importante observar que diante da natureza da infração penal, e do que restou comunicado, a necessidade da manutenção na segregação cautelar resulta da própria circunstância da prisão, ou seja, que os entorpecentes encontrados com o requerente supostamente eram destinados à venda.

No presente caso, os elementos indiciários são contundentes, seja em virtude do modo em que a droga foi apreendida e se encontrava, seja pela ação de inteligência policial. Por conseguinte, esses elementos são bastantes para justificar uma segregação provisória para a garantia da ordem pública e para assegurar aplicação da lei penal."

Presente esse contexto, cabe verificar se os fundamentos subjacentes à decisão ora questionada **ajustam-se**, ou não, **ao magistério jurisprudencial** firmado pelo Supremo Tribunal Federal **no exame** do instituto da prisão cautelar.

As razões que fundamentam o decreto judicial que manteve a prisão cautelar (fls. 59/60) podem ser assim resumidas: (a) gravidade do crime e (b) possibilidade de o paciente voltar a delinquir.

Tenho para mim que a decisão em causa, ao denegar a liberdade provisória ao ora paciente, apoiou-se em elementos insuficientes, destituídos de base empírica idônea, revelando-se, por isso mesmo, desprovida de necessária fundamentação substancial.

Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que a supressão meramente processual do "jus libertatis" não pode ocorrer em um contexto caracterizado por julgamentos sem defesa ou por condenações sem processo (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por isso que esta Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal:

"(...) PRISÃO PREVENTIVA - NÚCLEOS DA TIPOLOGIA - IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta (...)."

(HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei)

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal tem examinado a utilização, por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, em ordem a impedir a subsistência dessa excepcional medida privativa da liberdade, quando inócurre hipótese que possa justificá-la:

"Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual (...) 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º, LVII).

O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as conseqüências.

Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato (...)."

(RTJ 137/287, 295, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

Impende assinalar, por isso mesmo, que a gravidade em abstrato do crime não basta para justificar, só por si, a privação cautelar da liberdade individual do paciente.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, só por si, para justificar a privação cautelar do "status libertatis" daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, ainda que o delito imputado ao réu seja legalmente classificado como crime hediondo (RTJ 172/184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 182/601-602, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RHC 71.954/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

"A gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º, LVII)."
(RTJ 137/287, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada."
(RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Por sua vez, a alegação - fundada em juízo meramente conjectural (sem qualquer referência a situações concretas) - de que o paciente deve ser mantido preso porque poderia voltar "a traficar" (fls. 59), constitui, quando destituída de base empírica, presunção arbitrária que não pode legitimar a privação cautelar da liberdade individual, como assinalou, em recente julgamento, a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

"'HABEAS CORPUS' - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DOS DELITOS E NA SUPOSIÇÃO DE QUE OS RÉUS PODERIAM CONSTRANGER AS TESTEMUNHAS OU PROCEDER DE FORMA SEMELHANTE CONTRA OUTRAS VÍTIMAS - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AO CO-RÉU.

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

- A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade.

A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso 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 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 PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

- A prisão preventiva não pode - e não 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 preventiva - 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.

A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS.

- A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa.

- A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira.

- 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.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA 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 preventiva.

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorável, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes."

(HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A mera suposição desacompanhada de indicação de fatos concretos - de que o ora paciente, em liberdade, poderia delinquir ou frustrar, ilicitamente, a regular instrução processual - revela-se insuficiente para fundamentar o decreto (ou a manutenção) de prisão cautelar, se tal suposição, como ocorre na espécie dos autos, deixa de ser corroborada por base empírica idônea (que necessariamente deve ser referida na decisão judicial), tal como tem advertido, a propósito desse específico aspecto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 170/612-613, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 175/715, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.).

Nem se diga que a decisão de primeira instância teria sido reforçada, em sua fundamentação, pelo julgamento emanado do E. Tribunal

de Justiça do Estado do Tocantins (HC nº 5883/09), no qual se denegou a ordem de "habeas corpus" então postulada em favor do ora paciente.

Cabe ter presente, neste ponto, na linha da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria, que a legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores (HC 90.313/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, HC 96.715-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, HC 97.976-MC/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

"(...) Às instâncias subseqüentes não é dado suprir o decreto de prisão cautelar, de modo que não pode ser considerada a assertiva de que a fuga do paciente constitui fundamento bastante para enclausurá-lo preventivamente (...)."

(RTJ 194/947-948, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU - grifei)

A motivação, portanto, há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois - insista-se - a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas "a posteriori" (RTJ 59/31 - RTJ 172/191-192 - RT 543/472 - RT 639/381, v.g.):

"Prisão preventiva: análise dos critérios de idoneidade de sua motivação à luz de jurisprudência do Supremo Tribunal.

1. A fundamentação idônea é requisito de validade do decreto de prisão preventiva: no julgamento do habeas-corpus que o impugna não cabe às sucessivas instâncias, para denegar a ordem, suprir a sua deficiência originária, mediante achegas de novos motivos por ele não aventados: precedentes."

(RTJ 179/1135-1136, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

Mesmo que se pudesse superar esse obstáculo, a afirmação do E. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins - fundada, tão-somente, no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 - também não se revestiria de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual.

Mostra-se importante ter presente, no caso, quanto à Lei nº 11.343/2006, que o seu art. 44 proíbe, de modo abstrato e "a priori", a concessão da liberdade provisória nos "crimes previstos nos art. 33, 'caput' e § 1º, e 34 a 37 desta Lei".

Cabe assinalar que eminentes penalistas, examinando o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, sustentam a inconstitucionalidade da vedação legal à concessão de liberdade provisória prevista em mencionado dispositivo legal (ROGÉRIO SANCHES CUNHA, "Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas", "in" LUIZ FLÁVIO GOMES (Coord.), "Lei de Drogas Comentada", p. 232/233, item n. 5, 2ª ed., 2007, RT"; FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS, "Crimes de Uso Indevido, Produção Não Autorizada e Tráfico Ilícito de Drogas - Comentários à Parte Penal da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006", "in" MARCELLO GRANADO (Coord.), "A Nova Lei Antidrogas: Teoria, Crítica e Comentários à Lei nº 11.343/06", p. 113/114, 2006, Editora Impetus"; FRANCIS RAFAEL BECK, "A Lei de Drogas e o Surgimento de Crimes 'Supra-hediondos': uma necessária análise acerca da aplicabilidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06", "in" ANDRÉ LUÍS CALLEGARI e MIGUEL TEDESCO WEDY (Org.), "Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal", p. 161/168, item n. 3, 2008, Livraria do Advogado Editora", v.g.).

Cumprе observar, ainda, por necessário, que regra legal, de conteúdo material virtualmente idêntico ao do preceito em exame, consubstanciada no art. 21 da Lei nº 10.826/2003, foi declarada inconstitucional por esta Suprema Corte.

A regra legal ora mencionada, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, inscrita no *Estatuto do Desarmamento* (Lei nº 10.826/2003), tinha a seguinte redação:

"Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória." (grifei)

Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não pode ser admitida, eis que se revela manifestamente incompatível com a presunção de inocência e a garantia do "due process", dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito.

Foi por tal razão, como precedentemente referido, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel.

Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003, (Estatuto do Desarmamento), em decisão que, no ponto, está assim ementada:

"(...) V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão 'ex lege', em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente." (grifei)

Devo assinalar, no ponto, que a aplicabilidade do art. 44 da Lei de Drogas tem sido recusada por alguns Juizes do Supremo Tribunal Federal, que vislumbram, em referida cláusula legal, a eiva da inconstitucionalidade (HC 97.976-MC/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 100.330-MC/MS, Rel. Min. CEZAR PELUSO - HC 100.949-MC/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):

"'HABEAS CORPUS'. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, IMPOSTA EM CARÁTER APRIORÍSTICO, INIBITÓRIA DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, 'CAPUT' E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 44). OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO 'DUE PROCESS OF LAW', DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA 'PROIBIÇÃO DO EXCESSO': FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA NEM SE MANTÉM PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO 'STATUS LIBERTATIS' DAQUELE QUE A SOFRE. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA."
(HC 100.742-MC/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale mencionar, quanto à possível inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, recentíssima decisão proferida pelo eminente Ministro EROS GRAU, Relator do HC 100.872-MC/MG:

"A vedação da liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06, é expressiva de afronta aos princípios da

presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil). (...). **A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável.**" (grifei)

Essa repulsa a preceitos legais, **como esses** que venho de referir, **também encontra apoio** em autorizado magistério doutrinário (LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com Raúl Cervini, "Crime Organizado", p. 171/178, item n. 4, 2ª ed., 1997, RT; GERALDO PRADO e WILLIAM DOUGLAS, "Comentários à Lei contra o Crime Organizado", p. 87/91, 1995, Del Rey; ROBERTO DELMANTO JUNIOR, "As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração", p. 142/150, item n. 2, "c", 2ª ed., 2001, Renovar e ALBERTO SILVA FRANCO, "Crimes Hediondos", p. 489/500, item n. 3.00, 5ª ed., 2005, RT, v.g.).

Vê-se, portanto, que o Poder Público, **especialmente** em sede processual penal, **não** pode agir **imoderadamente**, pois a atividade estatal, **ainda mais** em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente **condicionada** pelo princípio da razoabilidade.

Como se sabe, **a exigência** de razoabilidade **traduz limitação material** à ação normativa do Poder Legislativo.

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, **exatamente** por viabilizar o controle de sua **razoabilidade**, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, **inclui-se**, por isso mesmo, **no âmbito** da própria fiscalização de constitucionalidade das **prescrições normativas** emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado **pela jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **que**, por mais de uma vez, **já advertiu** que o Legislativo **não pode** atuar de maneira imoderada, **nem formular** regras legais cujo conteúdo revele deliberação **absolutamente divorciada** dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, **o tema** concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - **enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais** (CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - **como postulado básico de contenção** dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do "due process of law" (RAQUEL DENIZE STUMM, "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Direitos Humanos Fundamentais", p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Daí a advertência de que a interdição legal "in abstracto", vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal.

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, só por si, a privação cautelar do "status libertatis" daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Essa orientação vem sendo observada em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados (HC 80.064/SP, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - HC 92.299/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - HC 93.427/PB, Rel. Min. EROS GRAU - RHC 71.954/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RHC 79.200/BA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

"A gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º, LVII)."
(RTJ 137/287, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada."

(RTJ 187/933, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Tenho por inadequada, desse modo, por tratar-se de fundamento insuficiente à manutenção da prisão cautelar do ora paciente, a mera invocação do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 ou do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, especialmente depois de editada a Lei nº 11.464/2007, que excluiu, da vedação legal de concessão de liberdade provisória, todos os crimes hediondos e os delitos a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Em suma: a análise dos fundamentos invocados pela parte ora impetrante leva-me a entender que a decisão judicial de primeira instância não observou os critérios que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou em tema de prisão cautelar.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, para, até final julgamento desta ação de "habeas corpus", garantir, cautelarmente, ao ora paciente, a liberdade provisória que lhe foi negada nos autos do Processo nº 2009.0006.5546-0 (4ª Vara Criminal da comarca de Palmas/TO), expedindo-se, imediatamente, em favor desse mesmo paciente, se por al não estiver preso, o pertinente alvará de soltura.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 147.579/TO), ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (HC 5883/09) e ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Palmas/TO (Processo nº 2009.0006.5546-0).

Publique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2009.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator