

**MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 106.299 RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. AYRES BRITTO**  
**PACTE.(S)** : **LUÍS RENATO WEBBER JÚNIOR**  
**PACTE.(S)** : **CRISTIANO DA ROSA BRITES**  
**IMPTE.(S)** : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **RELATORA DO RESP Nº 1198058 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**DECISÃO:** Vistos, etc.

Cuida-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão singular de Ministra do Superior Tribunal de Justiça (relatora do Recurso Especial nº 1.198.058). Decisão que deu provimento ao recurso ministerial público para “restabelecer a prisão cautelar do Recorrido”, fazendo-o nos termos seguintes:

“[...]”

A questão suscitada, em síntese, diz respeito à possibilidade de se conceder o benefício da liberdade provisória a réu preso em flagrante delito por tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]”

O acórdão impugnado diverge da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça, que se firmou no sentido de não ser possível a concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico de substâncias entorpecentes, por haver vedação constitucional e legal.

Com efeito, o legislador ordinário, reiterando o seu pensamento exposto na Lei dos Crimes Hediondos, ao editar a nova Lei de Tóxicos, vedou expressamente a concessão de liberdade provisória, *ad litteram* :

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

**HC 106.299 MC / RS**

Julgando válida a referida proibição, o próprio Supremo Tribunal Federal, em recentes precedentes, denegou a ordem de *habeas corpus* em que acusados do cometimento do crime de tráfico de drogas pretendiam ser beneficiados com a liberdade provisória, ressaltando que a vedação ao benefício decorre da própria disposição do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade da referida infração penal.

[...]

Ressalte-se, por pertinente, que a supressão promovida pela Lei n.º 11.464/2007, quanto à vedação legal do benefício da liberdade provisória, em nada afetou as orientações acima esposadas.

A Lei n.º 11.343/2006, por regular particularmente a disciplina dos crimes de tráfico, é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo, portanto, qualquer antinomia no sistema jurídico, à luz do brocardo *lex specialis derogat legi generali*.

Assim, com amparo nos precedentes e nos posicionamentos acima apresentados, conclui-se que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu acusado da prática de crime hediondo ou equiparado.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para, cassando o acórdão hostilizado e a decisão de 1.º grau, restabelecer a prisão cautelar do Recorrido.”

2. Pois bem, a Defensoria Pública da União argui o que lhe parece uma vistosa ilegalidade do ato impugnado. Eis os fundamentos da sua irresignação: a) a prisão em causa afronta o princípio constitucional da “individualização da pena em uma receita universalizante da cadeia,

**HC 106.299 MC / RS**

como solução final, típica de regimes totalitários”; b) o encarceramento cautelar do paciente carece de “análise minuciosa do conjunto probatório colhido durante a instrução criminal e posterior condenação”; c) a inconstitucionalidade da “vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas)”; d) a “fiança não se confunde com liberdade provisória”. Logo, não pode prevalecer a interpretação de que a inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhe sejam equiparados (inciso XLIII do artigo 5º da CF/88) impossibilita a concessão dessa espécie de liberdade física; e) a Lei nº 11.464/2007, posterior à Lei de Drogas, “suprimiu a proibição da liberdade provisória nos delitos hediondos e equiparados”.

3. Prossegue a impetração, alegando a “ausência de fundamentação idônea para a Prisão Cautelar em Recurso Especial no STJ”. Isso porque não ficou demonstrada a presença dos requisitos do artigo 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva. Decisão fundamentada exclusivamente no artigo 44 da Lei de Drogas. Pelo que a segregação cautelar impugnada neste processo “impõe aos réus recorrerem encarcerados, em um regresso de direitos fundamentais”. E seja em Primeira Instância, seja em grau de recurso, “houve consenso de que não havia motivos para que os acusados permanecessem presos”.

4. Presente esta moldura, a impetrante pugna pela concessão de medida acauteladora para a imediata suspensão do ato impugnado. Já quanto ao mérito, o pedido é de deferimento da ordem para tornar definitiva a liminar requerida, assegurando-se aos acusados o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo-crime.

5. Feita esta síntese do pedido, decido. Ao fazê-lo, pontuo, de saída, que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo prefacial em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos da plausibilidade do direito (*fumus boni juris*) e do perigo da demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), perceptíveis de plano. Requisitos a ser aferidos *primo oculi*,

**HC 106.299 MC / RS**

portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que lhe dão suporte, sob pena de antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva.

6. Prossigo para lembrar que vários foram os pronunciamentos da Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que réu preso em flagrante pelo suposto cometimento de crime hediondo (ou equiparado) não tem direito ao benefício da liberdade provisória. A título de amostragem, cito os seguintes precedentes: HCs 83.468, 86.118, 85.711, 86.703, 89.183, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, assim como o HC 82.316, da relatoria do ministro Sydney Sanches. Jurisprudência assentada na idéia-força de que *“a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: [...] seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança”* (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Entendimento, reconheço, que também perfilhei no julgamento dos HCs 101.673 e 103.399, entre outros de minha relatoria. O que fiz por entender que a norma veiculada pelo inciso XLIII do art. 5º da CF/88 traduz que a prisão em flagrante de crime hediondo opera por si mesma e perdura até a prolação de eventual sentença penal condenatória. Ocasão em que o órgão judicial sentenciante fundamentará no art. 312 do CPP, se for o caso, a continuidade da prisão que se iniciou com o flagrante-delito, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 387 do estatuto processual penal; sabido que nessa fase derradeira da instrução criminal o magistrado já disporá de melhores condições para julgar, ao mesmo tempo, da culpabilidade e da periculosidade do agente. Esta, de serventia restrita ao juízo sobre o instituto da prisão de natureza cautelar ou simplesmente instrumental; aquela, de prestimosidade voltada para a concreta fixação da pena.

7. Nada obstante, prossegui meditando sobre o tema e hoje alcanço uma diferente compreensão das coisas. É que não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria

**HC 106.299 MC / RS**

penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique -- pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos -- há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do "Eu sou eu e minhas circunstâncias", como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de prisão por crime equiparado a hediondo, claro que ela também se encaixa no princípio da personalização; tirante, lógico, a hipótese do flagrante-delito. Mas o flagrante enquanto instituto que há de incidir por modo coerente com o seu próprio nome: situação de ardência ou calor da ação penalmente vedada. Ardência ou calor que se dissipa com a prisão de quem lhe deu causa. Não é algo destinado a vigorar para além do aprisionamento físico do agente, mas, ao contrário, algo que instantaneamente se esvai como específico efeito desse trancafiamento; ou seja, a prisão em flagrante é ao mesmo tempo a conseqüência e o dobre de sinos da própria ardência (flagrância) da ação descrita como crime. Por isso que a continuidade desse tipo de custódia passa a exigir fundamentação judicial. O que explica as normas constitucionais de que: a) "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXII do artigo 5º da CF/88); b) "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (inciso LXV); c) "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou seu fiança" (inciso LXI). Tudo a revelar a idéia-força de que o instituto da prisão opera como excepcional afastamento da regra da liberdade de locomoção do indivíduo. Donde a necessidade do seu permanente controle por órgão do Poder Judiciário, quer para determiná-la, quer para autorizar a sua continuidade (quando resultante do flagrante-delito). Vínculo funcional que se mantém até

**HC 106.299 MC / RS**

mesmo em período de “Estado de Defesa”, conforme os expressos dizeres dos seguintes preceitos constitucionais:

“Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

[...]

§ 3º - Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

[...]

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;”

8. Com efeito, a regra geral que a nossa Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz...” (inciso XV); b) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV). Daí o instituto da prisão comparecer no mesmo corpo normativo da Constituição como explícita medida de exceção, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do artigo 5º da CF/88). Mais ainda, desse último dispositivo ressaí o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro, por se contrapor à regra geral da liberdade física ou

**HC 106.299 MC / RS**

espacial (liberdade de locomoção, na linguagem da nossa *Lex Maxima*); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Daí a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque, já o dissemos, a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. Existe para se esfumar com o máximo de rapidez, de modo a legitimar o cânone interpretativo da distinção entre ela, prisão em flagrante, e a necessidade de sua continuação.

9. Nessa vertente de idéias, o fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhe sejam equiparados parece não ter a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). Pelo que a inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança. Noutros termos, a prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção (dela, liberdade provisória). Equivale ainda a dizer: se é vedado levar à prisão ou nela manter alguém legalmente beneficiado com a cláusula da afiançabilidade, a recíproca não é verdadeira: a inafiançabilidade de um crime não implica, necessariamente, vedação do benefício à liberdade provisória, mas apenas sua obtenção pelo simples dispêndio de recursos financeiros ou bens materiais. Tudo vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos vetores do artigo 312 do Código de Processo Penal.

10. Daqui se segue que nem a inafiançabilidade exclui a liberdade provisória nem o flagrante pré-exclui a necessidade de fundamentação judicial para a continuidade da prisão. Pelo que, nada obstante a maior severidade da Constituição para com os delitos em causa, só posso concluir que tal resposta normativa de maior rigor penal não tem a força de minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente

**HC 106.299 MC / RS**

central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo. Em suma: a liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão superlativamente prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante-delito há de ser “imediatamente” comunicada ao juiz para decidir tanto sobre a regularidade do respectivo auto quanto a respeito da necessidade da sua prossecução. Para o que disporá das hipóteses de incidência do artigo 312 do CPP, nelas embutido o bem jurídico da “Ordem Pública”, um dos explícitos fins dessa tão genuína quanto essencial atividade estatal que atende pelo nome de “Segurança Pública” (artigo 144 da CF/88). Ordem Pública, por sinal, que está a exigir deste nosso Supremo Tribunal Federal uma interpretação que lhe dê claro teor semântico e franca operatividade.

11. Pois bem, na concreta situação dos autos, os pacientes foram presos em flagrante delito pelo suposto cometimento do crime de tráfico de drogas; sendo que dois pedidos de liberdade provisória foram indeferidos. Dando-se ainda que, encerrado o inquérito policial e recebida a denúncia, o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal de Canoas/RS concedeu liberdade temporária aos pacientes, por entender ausente qualquer dos pressupostos do art. 312 do CPP (“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”). Decisão que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

“[...]”

Os recorridos Cristiano Brittes e Luis Renato Weber Junior foram presos em flagrante em 19 de setembro de 2008, pela prática do crime de tráfico de drogas. Em seu poder foram apreendidas cerca de 54 pedras de crack devidamente embaladas e 56 gramas de droga ainda não embalada e a quantia de R\$ 103,00 em cédulas e moedas.

O auto de prisão em flagrante foi homologado. Depois de notificados, os recorridos apresentaram defesa preliminar,

**HC 106.299 MC / RS**

sendo que, ao receber a denúncia, em 05 de janeiro de 2009, o Juiz de Direito concedeu liberdade provisória aos recorridos (folhas 72/75).

Refiro, de início, que na atualidade, quando se verifica total falência do sistema prisional do país, bem como, a existência de várias disposições legais criadas com a finalidade de fazer com que, apenas em situações excepcionais, responda o acusado ao processo segregado, analiso seriamente a situação fática para concluir sobre a necessidade ou não da prisão cautelar.

E tenho que no caso essa necessidade não se faz presente.

A tramitação do recurso (veja-se que a soltura ocorreu em 06 de janeiro de 2009), por si só, já não justifica o seu provimento. É que, como dito, os recorridos estão soltos há mais de seis meses e, ao que tudo indica, neste espaço temporal não praticaram qualquer ato a autorizar nova segregação cautelar, tanto que continuam soltos.

Pelas informações processuais, a denúncia foi recebida em 05 de janeiro de 2009 (folhas 72/75), não tendo ocorrido até o presente momento a audiência de instrução e julgamento com o interrogatório dos acusados, prevista somente para 03 de novembro de 2009, segundo informação colhida no site do Tribunal de Justiça.

Diante das peculiaridades do caso concreto, entendo que não restaram preenchidas as hipóteses previstas no art. 312, do Código de Processo Penal.

[...]

Existem elementos suficientes acerca do *fumus delicti*, pois os acusados foram presos em flagrante embalando crack para a venda.

Por outro lado, o órgão ministerial não logrou êxito em demonstrar o *periculum libertatis*.

O acusado Luis Renato é primário, não registra nenhum antecedente e possui residência fixa e, ao que tudo indica, até o presente momento, não dificultou a aplicação da lei penal ou a instrução criminal. Por outro lado, também não há informações

**HC 106.299 MC / RS**

de que Cristiano Rosa esteja dificultando aplicação da lei penal, muito embora registre antecedentes por furto.

[...]

Ora, no processo penal típico do Estado Democrático de Direito, conforme preconizado pela Constituição Federal de 1988, a liberdade do réu deve ser encarada como regra geral, cabendo ao Ministério Público demonstrar, através de elementos concretos, a necessidade da utilização das prisões provisórias, e não tecer singelas e hipotéticas afirmações acerca da gravidade dos delitos perpetrados, que, segundo seus argumentos, teriam atacado o próprio Poder Judiciário.

A prisão pleiteada carece de instrumentalidade cautelar, se tratando de verdadeira pena antecipada. Sustentar posicionamento contrário seria subverter os princípios norteadores do sistema acusatório, transformando-se a prisão em regra geral tão-somente para facilitar os trabalhos das autoridades públicas.

[...]”

12. Presente esta moldura, e no âmbito mais contido dos juízos prefaciais que são próprios das medidas cautelares, tenho que a liminar é de ser deferida. É que não encontro na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça o conteúdo mínimo da garantia constitucional da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que circunscreve o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e possibilita às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. Entendimento que Aury Lopes Júnior bem endossa (In: Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 256.), *verbis*:

“[...] o poder judicial somente está legitimado enquanto

**HC 106.299 MC / RS**

amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do sentir do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia.”

13. É isso mesmo: a garantia da fundamentação importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Daí entender o STF que a mera alusão à gravidade do delito ou a expressões de simples apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar.

14. Esse o quadro, defiro a liminar requestada. O que faço para sustar os efeitos da decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, nos autos do Recurso Especial nº 1.198.058, até o julgamento de mérito deste HC.

15. **Comunique-se, com a máxima urgência.**

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 07 de dezembro de 2010.

Ministro AYRES BRITTO

Relator