

STF

Disponibilização: segunda-feira, 8 de abril de 2013.

Arquivo: 8 **Publicação:** 21

SECRETARIA JUDICIÁRIA Decisões e Despachos dos Relatores

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 117.105 (309) ORIGEM :HC - 265938 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCED. : SÃO PAULO RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI PACTE.(S) : ALEXSANDRO VENTURA DO NASCIMENTO PACTE.(S) : EMERSON DO NASCIMENTO PACTE.(S) : RODRIGO DE JESUS SANTOS IMPTE.(S) : **ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S) COATOR(A/S)(ES) :RELATORA DO HC Nº 265938 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECISÃO:** Vistos. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado **Alberto Zacharias Toron** e outros, em favor de Alexsandro Ventura do Nascimento, Emerson do Nascimento e Rodrigo de Jesus Santos, apontando como autoridade coatora a Ministra Assusete Magalhães, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC nº 265.938/SP, impetrado àquela Corte de Justiça. Sustentam os impetrantes, em síntese, o constrangimento ilegal imposto aos pacientes, tendo em vista a falta de fundamentação apta a justificar a necessidade das custódias cautelares, bem como a ausência dos pressupostos autorizadores da prisão, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Aduzem, para tanto, que "o flagrante foi convertido em prisão preventiva exclusivamente em razão da vedação legal à liberdade provisória em casos de tráfico, prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2011" (fl. 3 da inicial - grifos do autor). Defendem a possibilidade de substituição das prisões por medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (Lei nº 12.403/11). Argumentam, ainda, a presença dos requisitos subjetivos favoráveis os pacientes, tais como primariedade e bons antecedentes. Aduzem, por fim que o caso concreto justifica a superação do enunciado da Súmula nº 691/STF. Requerem, liminarmente, a concessão da ordem para que seja assegurado aos pacientes o benefício da liberdade provisória ou que lhes sejam aplicadas "alguma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal" (fl. 10 da inicial). Examinados os autos, decido. Narram os impetrantes, na inicial, que: "(...) Os Pacientes foram presos em suposto flagrante de tráfico de entorpecentes no último dia 23 de fevereiro. Recebidos os autos pela MMA. Juíza de Taboão da Serra (em regime de plantão), o flagrante foi convertido em prisão preventiva exclusivamente em razão da vedação legal à liberdade provisória em casos de tráfico, prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2011. (.) (.) estes impetrantes requereram a revogação da prisão preventiva (doc. 1, fls. 56/58), o que foi negado 'pelos mesmos fundamentos expostos às fls. 46/51', bem como pelo fato dos Pacientes terem desobedecido ordem de parada da GCM, o que teria 'reforçado os indícios de autoria e materialidade' (doc. 1, fl. 67). Novamente, não se falou absolutamente nada sobre a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Diante de tamanha ilegalidade, impetrou-se habeas corpus perante o eg. Tribunal de Justiça (doc. 2), que teve sua liminar indeferida (doc. 3). Contra esta última r. decisão impetrou-se novo writ (doc. 4), o qual, distribuído à Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, teve a liminar por ela indeferida a despeito de reconhecer que 'vislumbrando-se possível ilegalidade, o presente writ merece ser processado' (doc. 5)" (fl. 2 da inicial - grifos do autor). Transcrevo a decisão proferida por aquela Corte de Justiça: "Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de EMERSON DO NASCIMENTO, ALEXSANDRO VENTURA DO NASCIMENTO e RODRIGO DE JESUS SANTOS, em face de decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, nos autos do HC 0039330-53.2013.8.26.0000, indeferiu a liminar, em writ ali deduzido (fls. 86/87e). Extrai-se dos autos que os pacientes foram presos, em flagrante delito, no dia 24/02/2013, pela prática dos crimes previstos pelos arts. 33, caput, e 35, caput, da Lei 11.343/2006 (fls. 13/20e). A custódia foi convertida em preventiva (fls. 56/61e). Formulado pedido de revogação da prisão cautelar, perante o Juízo de 1º Grau, foi indeferido (fl. 77e). Sustenta o impetrante, em síntese, a inexistência de fundamentos para a manutenção da prisão preventiva e a ausência dos requisitos autorizadores da segregação cautelar. Acrescenta que os pacientes são primários e não possuem antecedentes criminais, além de não existirem indícios de autoria. Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja expedido alvará de soltura, em favor dos pacientes, e, no mérito, a revogação da cautelar, permitindo-lhes a defesa em liberdade. A Súmula 691/STF, plenamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, afirma a impossibilidade de utilização do habeas corpus contra decisão de Relator que, em writ impetrado perante o Tribunal a quo, indefere o pedido de liminar. O comando inserto neste enunciado somente pode ser afastado, de modo excepcional, quando demonstrada a presença de manifesta ilegalidade ou teratologia. A

decisão de 1º Grau, que converteu a prisão em flagrante em preventiva, asseverou, in verbis: (...) A decisão ora impugnada - que indeferiu a liminar, em Habeas corpus impetrado perante o 2º Grau - assim se fundamentou: '(...) A queixa é de constrangimento ilegal decorrente da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, sem fundamentação idônea. Insurgem-se os impetrantes contra a manutenção da prisão cautelar dos pacientes, cujos predicados pessoais positivos enaltecem. Buscam, em consequência, a concessão de liminar para que Alessandro, Emerson e Rodrigo possam responder soltos ao processo. Subsidiariamente, os subscritores da inicial buscam a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva. O caso envolve, em tese, a prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06; flagrante ocorrido em 24 de fevereiro de 2013. Todavia, a cognição que agora se realiza é sumária e não exauriente. Examinada a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, proferida em 24 de fevereiro de 2013 (fls. 54/59), não se vislumbra, de pronto, a presença dos defeitos a ela atribuídos. Reportou-se a Magistrada aos indícios de autoria e à prova de materialidade; destacou, por outro lado, a impossibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Em 27 de fevereiro de 2013, o douto julgador indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva em relação aos pacientes, em decisão igualmente fundamentada (fl. 75). Fixadas estas premissas, indefiro o pedido de liminar. Processe-se, requisitando-se informações. I' (fls. 86/87e). Vislumbrando-se possível ilegalidade, o presente writ merece ser processado, para que, colhidas as informações pertinentes e esclarecidos os fatos, melhor se delibere sobre a incidência, na espécie, da Súmula 691 do STF. Pelo exposto, indefiro a liminar postulada. Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo de 1º Grau. Após, à PGR" (fls. 1 a 5 do anexo 6 - grifos do autor). Essa é a razão pela qual se insurgem os impetrantes neste writ. Como visto, trata-se de decisão indeferitória de liminar, devendo incidir, na espécie, a Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do Relator que, em 'habeas corpus' requerido a tribunal superior, indefere a liminar". Porém a jurisprudência deste Supremo Tribunal tem acolhido o abrandamento da referida súmula para admitir a impetração de habeas corpus se os autos demonstrarem ser hipótese de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. É certo, ainda, ressalvado meu ponto de vista, que a Primeira Turma em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional, previsto no art. 102, inciso II, alínea "a" da Carta da República. Esse é exatamente o caminho a ser trilhado por esta impetração em caso de eventual retificação da inicial, após superveniente julgamento de mérito do writ impetrado ao Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, nada impede que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea "a" da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Na hipótese vertente, verifica-se, de forma evidenciada, situação de flagrante ilegalidade apta a ensejar o afastamento, excepcional, de qualquer óbice processual presente. É que, diante do que decidido ficou pelo Plenário desta Corte no HC nº 104.339/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, está reconhecida a inconstitucionalidade incidenter tantum do art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06, que vedava a possibilidade de concessão de liberdade provisória em se tratando de prisão em flagrante pelo delito de tráfico de entorpecentes. Nesta senda, revela-se necessário analisar a decisão que vedou aos pacientes a liberdade provisória, para averiguar se estão presentes, de modo fundamentado, os pressupostos autorizadores da constrição cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse contexto, anoto que o Juízo da Comarca de Itapeverica da Serra/SP ao converter a prisão em flagrante dos pacientes, assim a justificou: "(...) Conquanto seja verdade que, via de regra, a partir da Lei nº 12.403/2011, a manutenção da prisão, quando houver flagrante, dar-se-á, por conversão, somente nos casos em que presentes os pressupostos e os requisitos legais da prisão preventiva, não há como negar que, excepcionalmente, nas hipóteses delitivas que versarem sobre crimes inafiançáveis, a manutenção da prisão dar-se-á por força do próprio flagrante, conforme ampla e majoritária jurisprudência do STF. Inegável que a pretensão do constituinte originário, ao proclamar a existência de crimes inafiançáveis, foi a de proibição de qualquer forma de restituição da liberdade aos flagrados na prática destes delitos, seja com fiança, seja sem fiança, ou, agora, seja mediante qualquer alternativa cautelar à prisão, sendo que a referência à expressão inafiançabilidade, feita na época, partia da equivocada suposição de que a vedação da concessão de fiança a tais crimes equivaleria à proibição da concessão de liberdade provisória. Reconhecendo essa vontade do Constituinte e fiel ao seu papel principal - que não é o de legislador negativo, mas de garante da supremacia da Constituição Federal

(CF) -, a Excelsa Corte pátria sempre considerou constitucional a vedação de liberdade provisória feita pela legislação infraconstitucional, obviamente sempre que esta guardou obediência aos postulados constitucionais. Respeitando-se os entendimentos diversos, fato é que na realidade é que a maioria dos Ministros reconhecem que a proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição. (.) Portanto, na hipótese de flagrante de crimes hediondos e equiparados, a proibição da liberdade provisória deriva logicamente do preceito constitucional do art. 5º, XLIII, da CF, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais, pois seria ilógico que, vedada a liberdade provisória mediante fiança, fosse ela admissível sem fiança, impondo-se, a respeito, a comezinha lição de hermenêutica no sentido de que o intérprete deve rejeitar sumariamente as exegeses que conduzem ao absurdo. Assim, na hipótese de flagrante de crimes hediondos e equiparados, é irrelevante a discussão acerca da existência, ou não, de fundamentação da decisão nos pressupostos da prisão preventiva. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como passíveis de liberdade provisória delitos que a CF determina sejam inafiançáveis. A Lei 11.464/07, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual, pois constituía redundância a 'proibição da liberdade provisória e fiança'. Logo, a Lei 12.403/2011 ao estabelecer, na nova redação do art. 323 do CPP, que são inafiançáveis os crimes de racismo; tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; bem como nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, não precisaria dizer que eles são insuscetíveis de liberdade provisória, pois incorreria em nova redundância. Ainda, seguindo a mesma linha de raciocínio feita pelo STF com relação à Lei 11.464/07, é possível sustentar-se que a Lei 12.403/2011 não pode alcançar delitos cuja disciplina conste em lei especial, tal como o de tráfico de drogas (art. 44 da Lei 11.343/06), visto que a legislação especial atende o comando do inciso LXVI do artigo 5º da CF, segundo 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança'. Destarte, tem-se que a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, ao analisar uma situação de prisão em flagrante pela prática de crime inafiançável, o juiz, se reconhecer a legalidade do auto, deverá negar a liberdade provisória, fundamentando a sua decisão na Constituição e na lei especial, se for o caso, mantendo a prisão por força do flagrante, isso porque estarão presentes os pressupostos de todas as prisões cautelares. Conclui-se que o flagrante continua sendo uma espécie de prisão cautelar e continuará prendendo 'por si só' nos casos de crimes inafiançáveis, sendo que a nova redação do artigo 321 do Código de Processo Penal: 'Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código 'carecerá de interpretação conforme a Constituição', ou seja, 'o juiz deverá conceder a liberdade provisória', salvo se o crime dela for insuscetível. (.) Ora, se a liberdade provisória é absolutamente vedada pela Lei Antitóxicos, como corolário todas as medidas cautelares que a tem como pressuposto lógico necessário também remanescem proibidas. (.) Como não poderia deixar de ser, contudo, a nova redação do artigo 323, do CPP, em seu inciso II, proíbe a fiança aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos, em respeito à Constituição Federal. Dessa proibição defluiu a consequente vedação, para esses delitos, de todas as medidas cautelares mais brandas que a fiança, previstas na nova legislação.' Diante de todo o exposto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal.' Expeça-se mandado de prisão em seu desfavor" (fls. 46 a 50 do anexo 2 - grifos do autor). Por sua vez, analisado pedido de liberdade provisória, o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Cotia/SP, manteve as custódias cautelares pelos mesmos fundamentos anteriores, agregando, no mais, que "a substância entorpecente foi encontrada no mesmo local em que os guardas municipais afirmam terem visto os acusados jogarem 'algo' pela janela, apesar de não terem identificado, de imediato durante a perseguição policial, tratar-se da droga posteriormente encontrada. Soma-se, ainda, o fato de os acusados terem desobedecido ordem de parada dos guardas municipais, jogando o carro em que estavam contra a viatura policial e somente se entregando após os guardas terem efetuado diversos disparos contra o veículo, reforçando os indícios de autoria e materialidade" (fl. 67 do anexo 2). Pelo que se verifica, está claro que a decisão do Juízo da Comarca de Itapeverica da Serra/SP, que converteu a prisão em flagrante dos pacientes, ateve-se à vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 para manter a segregação cautelar do paciente, assim como a decisão do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Cotia/SP que as mantiveram, não indicou elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a sua necessidade.

Segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, para que o decreto de custódia cautelar (assim como a sua manutenção) seja idôneo, é necessário que o ato judicial constritivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. Nesse sentido: HC nº 98.673/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 29/10/09; HC nº 99.043/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 9/9/10; e HC nº 100.184/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 1º/10/10, entre outros. Na minha concepção, extraindo-se do ato constritivo a vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, não vislumbro justificativa concreta a respaldar a segregação cautelar dos pacientes, uma vez que, à primeira vista, não há base empírica que a legitime. Essas circunstâncias, neste primeiro exame, configura constrangimento ilegal flagrante, perfeitamente sanável pela via do habeas corpus. Diante desse quadro, defiro a liminar para conceder aos pacientes o benefício da liberdade provisória, mediante estabelecimento, pelo Juízo de piso, de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, cabíveis à espécie. Comunique-se, solicitando informações à autoridade coatora, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Cotia/SP. Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 3 de abril de 2013. Ministro DIAS TOFFOLI Relator Documento assinado digitalmente