

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. MAURÍCIO DE CARVALHO, brasileiro, divorciado, advogado, inscrito na OAB/MT, sob n. 10.052-A, com escritório na Rua Padre Cassimiro, 773, Centro, Cidade de Cáceres, Estado de Mato Grosso, **impetra ordem de habeas corpus** em favor de **CECÍLIA CORREIA LUZ**, brasileira, solteira, prestadora de serviços gerais, residente na Rua Venezuela, 2.240, Bairro América, Cidade de Barretos, Estado de São Paulo, contra ato do MM Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária Cáceres, Paulo Cezar Alves Sodré, que mantém, sem justa causa, a paciente presa, ao indeferir seu pedido de revogação de prisão preventiva.

Alega que a paciente de nenhuma forma está prejudicando a ordem pública; e que é mãe de duas meninas, é trabalhadora, tendo ocupação lícita, cumpridora de seus deveres de cidadã, possui residência fixa.

Diz que a paciente não perturbou a instrução criminal nem tem a intenção de perturbá-la, nem há “qualquer notícia que a paciente esteja atrapalhando a instrução processual”.

Afirma que “é de inteiro interesse da acusada permanecer no local onde reside para responder ao processo e, conseqüentemente, defender-se”.

Afinal esclarece que se encontra na mesma situação dos acusados Airton Nunes Nascimento, Antônio Sérgio Souza Queiroz, Edilson Borges Nogueira, Márcio Sacarpelini Lopes Coca, Mauro Becker, Osmar Lourenço da Silva e Pedro Cesar Roque de Faria, que foram postos em liberdade por força de *habeas corpus*.

2. Feito processado sem liminar.
3. Foram prestadas informações (fls. 70/80).
4. O Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, foi pela denegação da ordem impetrada (fls. 112/127).
5. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. A paciente foi presa, juntamente com quase uma centena de pessoas, na operação fronteira branca desencadeada pela Polícia Federal (v. autos 2006.36.01.001722-4), acusada da prática do crime de tráfico internacional de drogas.

A liberdade provisória foi negada em razão, disse o magistrado, para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei pena.

Argumenta, também o juiz, que, na hipótese incide a vedação imposta pelo art. 44 da Lei 11.343, de 2006.

Ao examinar o HC 2009.01.00.052374-7/MT, em 28 de setembro de 2009:

O Delegado de Polícia Federal representa, Ciro Tadeu Moraes, representa pela prisão preventiva de 72 (setenta e duas) pessoas. O Ministério Público Federal aumenta essa lista 87 (oitenta e sete), incluindo a paciente. E foi pelo indeferimento do pedido de prisão preventiva de 12 (doze) pessoas, que a autoridade policial pretendia que fossem presas.

O MM Juiz a quo decreta a prisão de 87 (oitenta e sete) pessoas, deferindo, assim, o pedido do Ministério Público.

Após apreciar a autoria – em relação ao paciente diz que “no presente tópico a Biroška” Após apreciar a autoria – em relação ao paciente diz que (fls. 33) “No presente tópico, revelam-se a apreensão: (i) de U\$ 130.000,00 (cento e trinta mil dólares), em 14/09/2007, transportados por Jimmy de Rondonópolis, e destinados à aquisição de entorpecentes; (ii) de U\$ 290.000,00 (duzentos e noventa mil dólares) e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em 16/10/2007, transportados por Carlos César e Marcos Fróis, também em Rondonópolis e destinados à compra de entorpecentes; (iii) de 157 KG (cento e cinquenta e sete quilos) de cocaína, envolvendo Olegário Franco Parabá, Edilson Borges Nogueira, Marco Aurélio Ferreira da Silva, Fábio Magrelo, Paulo Ricardo Gusmões, Moacyr e Jorge Barbosa dos Santos.

Ainda, revela-se a negociação de droga fornecida por Jone, que foi transportada pela quantia de U\$ 10.000,00 (dez mil dólares). Embora não se tenha logrado êxito na apreensão do entorpecente, o fato ilustra mais uma vez as negociações de drogas promovidas pelos integrantes da quadrilha, desta feita na compra de droga do fornecedor Jone.

Com efeito, com relação aos 157 (cento e cinquenta e sete quilos) de droga apreendidos, verifica-se que Olegário Franco Parabá era o fornecedor da droga e Edilson Borges Nogueira seu destinatário.

Marco Aurélio Ferreira da Silva, Fábio Magrelo e Paulo Ricardo Gusmão atuaram na intermediação da aquisição da droga bem como na logística de transporte da mesma. Observa-se que Marco Aurélio e Paulo Ricardo atuavam exclusivamente na concretização do tráfico, cuja droga pertencia a Biroška. Já Fábio Magrelo intermediava o tráfico de drogas de outros traficantes não identificados além, é claro, do tráfico de drogas destinados a Biroška” - decreta a prisão preventiva de oitenta e sete pessoas, com idêntica fundamentação para todos.

2. Da garantia da ordem pública

Diz o eminente Juiz Raphael Cazzelli, ao decretar a prisão preventiva das 87 (oitenta e sete) pessoas:

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

A garantia da ordem pública consiste na necessidade de se acautelar o meio social, evitando-se que o agente, solto, torne a delinquir. A permanência do agente solto implica em evidente risco social, dada a demora da prestação jurisprudencial final (trânsito em julgado do decreto condenatório).

Nesse aspecto, cumpre dizer que não é suficiente o risco hipotético à ordem pública, mas sim, o perigo concreto demonstrado através de informações de maus antecedentes e a reincidência, que conduzem à conclusão inelutável que se permanecer solto, o agente irá delinquir. A periculosidade do réu é apontada como fator preponderante para a custódia cautelar.

Bastante esclarecedor o conceito de ordem pública elaborado por Paulo Rangel, ao afirmar que ordem pública “deve-se entender a paz e a tranqüilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeito harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do modus vivendi em sociedade”¹. Desse modo, soltura implica em riscos de ruptura à ordem social.

Além dos antecedentes criminais, o próprio delito, o modo como foi praticado, a ousadia do agente, enfim, vários fatores indicam uma personalidade voltada para ao crime, ainda que seja réu primário.

É sem dúvida, a hipótese que enseja maior grau interpretativo por parte do órgão julgador, que deve também encará-lo pelo binômio gravidade da infração penal e repercussão social.

.....
Além da gravidade do delito em tese praticado e da repercussão social que lhe é imanente, deve-se registrar que a prisão preventiva, in casu, tem o condão de abreviar as supostas atividades da associação criminosa que se dedicava à prática reiterada do tráfico internacional de substância entorpecente.

Em tese, o eminente magistrado conceituou o que seja ordem pública como pressuposto da prisão preventiva. Atente-se que disso para todos os 87 (oitenta e sete) investigados. Essa argumentação pode ser utilizada para qualquer decisão, e por qualquer juiz, para decretar a prisão para garantir a ordem pública.

Não dá o juiz apontado como coator nenhum fundamento que atinja direta ou indiretamente a paciente.

*Garantia da ordem pública é uma medida, até certo ponto, de segurança: evitar a continuação da prática do crime. Mas, é **preciso** que fique demonstrado que o indiciado ou o acusado continuam a praticar crimes. Não basta a presunção.*

Depois do crime pelo qual foram denunciados, que infração praticou a paciente? Onde está o perigo de vir a cometer novos crimes? Onde está demonstrado que, solta, gerará um estado de temor e apreensão às pessoas?

Nada disso está demonstrado, logo, por esse fundamento, não se faz necessária a prisão preventiva.

A fundamentação do decreto de prisão na garantia da ordem pública deve estar baseada no fato concreto de que o réu em liberdade poderá causar perturbações de monta, intranqüilizando a sociedade.

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 638

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

*Tenha-se, ainda, que a só **gravidade do crime** imputado não é suficiente para justificar a prisão preventiva. Nem a justifica o significar pronta reação ao delito.*

*Ser o **crime hediondo, POR SI SÓ**, não implica, igualmente, decretação do encarceramento preventivo.*

A gravidade do crime, por si só, não pode servir de fundamento da prisão preventiva.

No julgamento do HC 80.719-4/SP (de 26.06.2001, DJ 28.09.2001), da lavra do Ministro CELSO DE MELLO, decidiu a nossa Corte Suprema:

A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.

.....
*Mesmo que se trate de pessoa acusada da **suposta** prática de crime hediondo, e **até que** sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de **insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade (destaques no original).*

Sobre a comoção social, o Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma, em lapidar voto do Ministro Celso de Mello, ao julgar o HC 80.719-4/SP, acima mencionado, impetrado contra ato coator do Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 26.06.2001 (DJ 28.09.2001), decidiu, em votação unânime:

O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.

3. DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Afirma o Juiz Cazelli para fundamentar a preventiva no asseguramento da lei penal:

(...) não se pode perder de mira a proximidade da fronteira com a Bolívia, a dificuldade que aquele país tem de cumprir as cartas rogatórias que para lá são enviadas e o estreito relacionamento dos investigados com os supostos fornecedores da droga em solo boliviano. Todas essas circunstâncias, somados aos áudios que dão indicativo de fuga, corroboram a interpretação que os acusados envidarão esforços no sentido de empreender fuga.

Ressalte-se que os acusados CECÍLIA CORREA LUZ, CARLOS CÉSAR OLIVEIRA, CLÁUDIO DA SILVA (BIGODE), EDSON FERREIRA DA COSTA (LOBINHO), GILMAR DE SOUZA CONCEIÇÃO, JIMMY RIBEIRO SILVA, NELSON FERREIRA DA SILVA, PAULO RICARDO GUSMÕES, RODNEY DA SILVA, ROGÉRIO DOS SANTOS, VALDENOR ALVES MARQUEZAN, VALDIR DE SOUZA PINTO, OSMAR LOURENÇO DA SILVA, VALDIR NOGUEIRA DA SILVA, LEANDRO CORDINALI GOUVEIA, GILBERTO SOUZA CONCEIÇÃO (BETO), JEAN DE MELO,

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

NICKSON ROBERTO SILVA PEREIRA, ADAN ADMILSON VELARDI RIVERO, ADELA ELIZABEH VACATORO, GUIDO DAZA GIL, HUBER VELARDI RIVERO, JOSÉ CHARLES DELUQUE BLANCO e OLEGÁRIO FRANCO PARÁBÁ não foram encontrados para realização da prisão temporária, nem tampouco deram qualquer indicativo de pretendem contribuir com o esclarecimento dos fatos e curvar-se à aplicação da lei penal em uma eventual condenação criminal.

O nome do paciente não está entre estes indiciados relacionados pelo Juiz.

A segurança da aplicação da lei penal - cautela final (FAUSTIN HÉLIE, em lição de FREDERICO MARQUES²) - é outra hipótese de decretação da prisão preventiva. Àquele que é indiferente a vida errante dos perseguidos, pouco importando estar hoje aqui, amanhã ali; deixar os amigos; viver escondido, com medo, deve ter decretada a prisão, se houver indícios de que irá fugir.

O juiz não pode fazer conjecturas, suposições. Tem de ater-se aos elementos constantes dos autos, que lhe possibilitam determinar a prisão. É difícil. Como dizer que o réu vai fugir? Quem quer fugir de uma ação penal procura fazer tudo às escondidas, sem que ninguém saiba. Mas, se o indiciado, ou o réu, está vendendo os bens de raiz, está retirando todo o dinheiro do banco, não resta dúvida que isso é indicio de que pretende foragir-se.

No referido HC 80.719-4 (de 26.06.2001, DJ 28.09.2001), a mais Alta Corte do País entendeu:

ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA – DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

– Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente – movido pelo impulso natural da liberdade – ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância.

O juiz deve cingir-se aos fatos, às circunstâncias, constantes dos autos. Não pode navegar na imaginação.

4. DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Argumenta o ilustre juiz a quo:

(...) na esteira desse entendimento, observo que a complexidade dos fatos narrados pela autoridade policial em seu relatório, a quantidade de investigados, a suscetibilidade dos depoimentos prestados na fase pré-processual e em juízo, cujas versões poder ser alteradas aos desfechos de ameaças e constrangimentos, vejo que a prisão, nesse ponto, é imprescindível.

Com efeito, a prova a ser produzida ao longo da instrução criminal pode ser fatalmente prejudicada. E como? Respondo, através de ações engendradas pelos denunciados que possuem maior periculosidade e atuação na associação criminosa, a induzir, a base de ameaças ou de suborno, que outros investigados não colaborem com a elucidação dos fatos, através do instituto da delação premiada.

² MARQUES, José Frederico. *Op. cit. ib.*

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

Meras conjecturas, suposições, suspeitas, prognósticos não podem servir como fundamento da prisão preventiva.

Para o ilustre juiz, a prisão se faz necessária para possibilitar a delação premiada (a traição), afirmando que “através de ações engendradas pelos denunciados que possuem maior periculosidade e atuação na associação criminosa, a induzir, a base de ameaças ou de suborno, que outros investigados não colaborem com a elucidação dos fatos, através do instituto da delação premiada”.

Conjecturis non est opus in claris, et praesumptio cedit veritati (quando a verdade é clara, não se necessita de conjecturas, a verdade se sobressai à presunção).

Não é esta a finalidade da prisão preventiva por esse fundamento, melhor investigação, e sim quando o indiciado ou acusado está a perturbar a instrução.

*Se o indiciado está a perturbar a instrução - ameaçando testemunhas, subornando-as, aliciando-as, apagando, ou destruindo os vestígios do crime, comunicando-se “com os cúmplices ou com amigos que confirmem as circunstâncias por ele relatadas para negar ou diminuir a sua criminalidade” (GARCIA, p. 145) -, enfim, estorvando a instrução, a sua prisão é determinada para que o processo flua normalmente, para que a verdade seja investigada livremente. Uma **cautela**, no dizer de FAUSTIN HÉLIE, **instrumental** (apud FREDERICO MARQUES³).*

Dizia FAUSTIN HÉLIE:

(...) la justice puise une partie de ses preuves dans les interrogatoires et les confrontations de l'inculpé, et, d'une autre part, il import de ne pas lui laisser la faculté de faire disparaître les traces du crime, de suborner les témoins, de se concerter avec ses complices. (Faustin Hélie. Traité de l' Instruction Criminelle. 2. ed., 1866 e 1867, vol. IV, p. 606, n. 1.948)

É necessário que o juiz **concretamente** demonstre que o indiciado está estorvando a instrução criminal. Presunções nada valem.

5. QUANDO DEVE SER DECRETADA A PRISÃO PREVENTIVA

Só se pode decretar a prisão preventiva quando for estritamente necessária. É aplicação do chamado princípio da necessidade.

Sobre a prisão preventiva, diz WEBER MARTINS BATISTA ⁴

A lição de Carrara, que via a prisão preventiva como uma ‘imoralidade necessária’, continua atual e é a que melhor reflete as idéias ainda hoje vigentes. Para ele, a prisão preventiva responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intime as testemunhas; de defesa pública, para impedir a ‘certos fascinadores que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio (FRANCESCO CARRARA, Programa de Derecho Criminal. Parte general. Trad. Nuñez-Gavier, v. II. Buenos Aires, 1944, p. 897).

³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. IV., p. 49

⁴ BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória: Modificações da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 16.

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

A prisão preventiva como providência cautelar instrumental se faz necessária quando o réu está ameaçando testemunhas, aliciando-as, corrompendo-as etc.

O renomado processualista penal JOSÉ FREDERICO MARQUES⁵, estudado a prisão cautelar, explica:

A fim de tornar menor o risco que possa correr a Justiça e com o intuito de sacrificar ao mínimo a liberdade do réu enquanto não houver sentença condenatória imutável, procura a lei cercar a prisão preventiva de cautelas e pressupostos, sem os quais não se pode privar o réu, com o carcer ad custodiam, da sua liberdade de ir e vir.

No HC 80.719-4/SP, acima mencionado, o Supremo Tribunal, pela voz de um de seus mais ilustres e preclaros juízes, Ministro CELSO DE MELLO, proclamou:

A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR 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 indício suficiente 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.

Salienta CARNELUTT⁶:

No se puede castigar sin juzgar, ni viceversa, juzgar sin castigar; esta irresoluble identidad del juicio con la pena es el secreto y el drama del derecho penal. El drama consiste en que se ha de ser castigado, para saber si debe ser castigado.

*A prisão preventiva é uma medida de força, exigida pelo interesse social, mas só deve ser decretada quando se fizer estritamente necessária. “É uma providência coercitiva extrema **para casos excepcionalíssimos**” (LUCCHINI). Como já dizia CARRARA, no início do século XX, (apud Dardo Preza Restuccia. Op. cit. p. 45) para explicar os casos em que se a impõe. Uma primeira razão: – destaquei*

(...) de justicia, para impedir la fuga del reo; una segunda, de verdad, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3ra., de defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno.

Esse é o ensinamento, também, de EUGENIO FLORIAN⁷ :

*El principio de la libertad personal del procesado tiene su más importante restricción en el caso de que el mismo sea reducido a prisión antes de que la sentencia de condena sea firme (**prisión preventiva**). Si es evidente que el procesado debe ser privado de su libertad una vez que exista una sentencia firme de condena, es natural que sólo en caso de necesidad sufra aquélla restricciones con*

⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. IV, p. 57.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Apud Dardo Preza Restuccia. Liberdades en el proceso penal*. 2da. ed. actual. Montevideo: Ediciones Idea, 1990, p. 19-20.:

⁷ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934.

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

anterioridad a la misma. De un lado encontramos el principio de la libertad personal, de otro la prisión preventiva impuesta por exigencias sociales jurídicamente valoradas (o primeiro destaque no original).

É verdade que a criminalidade organizada cada dia mais organizada se torna, que a corrupção prolifera como cogumelo, mas isso não justifica em nenhuma hipótese as graves violações aos direitos fundamentais do cidadão. Daí a segura lição do Promotor de Justiça, mestre e doutor pela USP e especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford, FAUZI HASSAN CHOUKR⁸ :

(...) apenas um processo penal de princípios firmes pode manter a confiança e o respeito da população. Da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce a segurança social que com a primeira interagirá num processo dialético, sendo que o sistema penal num Estado democrático e de direito pauta-se pela tutela de ambos os pólos em questão.

Da maneira como vão as coisas, estamos vendo voltar aos tempos da prisão preventiva obrigatória, também chamada de compulsória, própria dos Estados totalitários, que foi abolida, na época da ditadura (que contraste!), pela Lei 5.349, de 3.11.1967.

Preceituava o art. 312 do CPP, antes das alterações: “a prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos”. Na prisão preventiva obrigatória, dispensa-se a prova do periculum in mora. Esse é presumido. Presunção juris et de jure. Presunção absoluta.

Devemos respeitar a ordem legal firmada no Estado Democrático e de Direito. Reverenciar, sempre, a Constituição Federal, que nos foi outorgada pelo povo. Devemos nos afastar do apelo promocional, do discurso do pânico.

*A prisão provisória não é sanção, não é castigo, não é **punir**, como constou do decreto prisional. Não. A prisão preventiva é acautelatória. Ainda não há, repita-se, punição.*

Não se pode castigar antes do tempo próprio. E por falar em castigo, disse FRANCESCO CARNELUTTI⁹:

O direito deve castigar; mas não como o carrasco, que goza vendo sofrer o condenado, senão como o pai que alcança, por procurar dor em seu filho, o cobre de amor. E a sombra do direito, que parece ser a pena, veste-se pouco a pouco com as suaves cores da aurora.

Há de ter algo de humano no direito universal de punir.

Daí ter dito ROXIN¹⁰:

El derecho procesal pena es el sismógrafo dela Constitución.

Como revelou o Juiz de Direito português JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS¹¹:

⁸ CHOUKR., Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito: seis meditações sobre o Direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001, p. 73

¹⁰ ROXIN, Claus. *Apud Los principios de la prueba en el proceso penal*, de Manuel Jaén Vallejo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 11

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

É certo que, dada a delicadeza e importância da matéria em causa, haverá uma natural tendência do aplicador da lei para se tentar ancorar em porto seguro, o que o poderá recorrer a presunções, que facilitem e resolvam aprioristicamente a por vezes difícil ponderação em concreto.

E observa: “Não podemos, todavia, compactuar com (ou sequer tolerar) tal errônea postura, avessa a lidar com conceitos abertos”.

Também não posso aprovar tal entendimento.

A presunção de reiteração, no dizer de ROBERTO DELMANTO JÚNIOR¹², viola “as garantias constitucionais da desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, LVII) e da da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, § 2º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

*A argumentação que se trata de “prática de tão danoso crime” para fundamentar a prisão preventiva, não procede, pois, se assim entender, em todo crime hediondo ter-se-ia **obrigatoriamente** de decretar-se a prisão preventiva. Logo, não é fundamentação para a prisão preventiva a alegação de que se trata de crime de tráfico internacional de drogas, por ser crime equiparado ao hediondo.*

6. LIBERDADE PROVISÓRIA E TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES

Ainda que o agente tenha sido preso em flagrante por crime de tráfico de drogas, é possível a concessão de liberdade provisória, se não ocorrem os pressupostos da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

É possível, sim, conceder-se liberdade provisória ao preso em flagrante por prática de crime internacional de entorpecentes, se não estão presentes as hipóteses previstas no art. 312 do CPP, aplicando-se, assim, o disposto no parágrafo único do art. 310 desse mesmo Código. Assim, também, pensa o Superior Tribunal de Justiça.

Ao julgar o RHC 24.349/MG, a 6ª Turma do STJ, relatora a Ministra JANE SILVA, em 11.11.2008, portanto recentemente (DJe 01.12.2008), decidiu que:

3. Unicamente a vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006 é insuficiente para o indeferimento da liberdade provisória, notadamente em face da edição da Lei 11.464/2007, posterior e geral em relação a todo e qualquer crime hediondo e/ou assemelhado. Precedentes.

4. Dado provimento ao recurso para deferir ao recorrente os benefícios da liberdade provisória.

No voto condutor do acórdão, disse a eminente Ministra JANE SILVA, relatora:

No que tange à vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006, sem razão o Juízo de 1º Grau.

Esse entendimento vai de encontro com a mansa jurisprudência desta 6ª Turma, pois a Lei 11.464/2007, que lhe é posterior, não mais faz qualquer restrição quanto ao tema em questão, sendo ela

¹¹ BARROS, José Manuel De Araújo. Critérios da prisão preventiva. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 10, fasc. 3º, jul/set 2000, p. 433, dirigida por Jorge de Figueiredo Dias, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹² DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 179

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

geral em relação a todas as leis que prevêm crimes hediondos ou assemelhados.

Vejamos, nesse sentido, alguns precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão cautelar, providência processual de caráter excepcional, só deve ser imposta quando verificado um dos motivos que autorizam sua adoção, que deve restar claramente demonstrado, tudo em consonância com o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. Mesmo nas hipóteses de crimes hediondos ou equiparados, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando a referência à vedação à liberdade provisória contida no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990, hoje não mais existente em razão da derrogação levada a efeito pela Lei nº 11.464/2007.

3. Com o advento da Lei 11.343/2006 (nova Lei de Drogas), que, na mesma linha do que dispunha a Lei de Crimes Hediondos, veda, no seu artigo 44, a concessão da liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de entorpecentes presos em flagrante, penso que a compreensão deva ser a mesma, vale dizer, exige-se motivação concreta para a manutenção da segregação cautelar.

4. Muito embora a quantidade de droga seja circunstância relevante para se verificar a necessidade da prisão provisória, como garantia da ordem pública, na hipótese, foram apreendidos em poder do paciente 59 invólucros (sic) contendo 14,8 gramas de crack, o que, por si só, não constitui motivo bastante para justificá-la, tampouco se mostrando suficiente para a imposição da custódia considerações genéricas acerca da natureza e da gravidade do crime de tráfico de entorpecentes.

5. Habeas corpus concedido. (STJ – HC 89.599/SP – Relator: Ministro Hamilton Carvalhido – Relator para o acórdão: Ministro Paulo Gallotti – Sexta Turma – DJe de 18.08.2008).

Processo fundado na Lei 11.343/06 (tráfico de entorpecentes). Prisão em flagrante (caso). Liberdade provisória (indeferimento).

1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Cód. de Pr. Penal, art. 315).

2. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

3. Na hipótese, a manutenção da prisão decorreu apenas da gravidade abstrata do delito e da vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06; tais aspectos, entretanto, não são suficientes para justificar, a contento, a manutenção da prisão cautelar.

4. Caso no qual o ato judicial que indeferiu a liberdade provisória carece de suficiente motivação; falta-lhe, portanto, validade, decorrendo daí ilegal coação.

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

5. Ordem concedida com extensão aos co-réus. (STJ – HC 82.197/SP – Relator: Ministro Nilson Naves – Sexta Turma – DJ de 25.02.2008, p. 364).

Noto, também, que o egrégio Supremo Tribunal Federal tende a rediscutir a tese lançada pelo agravante, porquanto, nos autos do HC 92.656/PR, o eminente Ministro Eros Grau deferiu a medida liminar a fim de conceder a um paciente acusado de tráfico de drogas a liberdade provisória, superando, inclusive, o óbice da Súmula 691 daquela Corte e estendendo os efeitos de sua decisão ao co-réu da ação penal, fazendo-o nos seguintes moldes:

DECISÃO:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do STJ, que indeferiu pleito cautelar em habeas corpus .

2. *Colhe-se da inicial que o paciente e outro foram presos em flagrante, em 11/5/2007, sob a acusação de terem praticado o crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.*

3. *O Ministério Público ofereceu denúncia em 11/6/2007, a qual foi recebida em 9/7/2007 sem que o Juiz se manifestasse a respeito da necessidade, ou não, da prisão processual.*

4. *Quando interrogado o paciente, a defesa requereu a liberdade provisória, negada pelo Juiz nos seguintes termos: “No que tange a desclassificação delito e a conseqüente liberdade provisória dos réus, o presente momento processual não é o adequado [...]”.*

5. *O TJ/PR, ao julgar hábeas corpus impetrado contra essa decisão, embora reconhecendo que o Juiz “negou o pedido de liberdade provisória sem fundamentar a respeito”, indeferiu a ordem.*

6. *Daí o requerimento de habeas corpus ao STJ, que, ao indeferir a liminar, deu ensejo a esta impetração.*

7. *O impetrante, sob a alegação de tratar-se de flagrante constrangimento, pugna pela não-incidência do disposto na Súmula 691 desta Corte.*

8. *Requer seja deferida a liminar a fim de que o paciente responda ao processo em liberdade. No mérito, postula a concessão definitiva da ordem.*

9. *É o relatório.*

10. *Decido.*

11. *O caso é de flagrante constrangimento ilegal, justificando-se o abrandamento da Súmula 691/STF.*

12. *O pedido de liberdade provisória do paciente foi indeferido sem qualquer fundamento concernente às hipóteses previstas para a prisão preventiva. Isso foi textualmente reconhecido pelo TJ/PR, apesar de ter indeferido o HC impetrado em favor do paciente, contrariando o parecer favorável do Ministério Público, do qual extraio o seguinte:*

“[...]

Inexistindo, como inexistente, qualquer fundamentação no despacho que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, e considerando que há dúvidas sobre a sua condição de traficante de drogas, e muito mais dúvidas há sobre a suposta associação dos réus para tal finalidade, o Parecer é no sentido de que o habeas corpus seja

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

CONCEDIDO, com extensão ao co-réu, que se encontra em situação processual idêntica.”

13. Observo, ainda, que a Lei n. 11.464, de 29/3/2007, alterou a redação do art. 2º da Lei n. 8.072, revogando a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados.

Defiro a liminar a fim de que o paciente seja imediatamente posto em liberdade, até o julgamento final deste writ.

Estendo a decisão ao co-réu Leandro Klem de França, com fundamento no artigo 580 do Código de Processo Penal.

Comunique-se.

Solicitem-se informações. Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Julgando o HC 92.824/SC, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, relator o Min. JOAQUIM BARBOSA, em sessão de 18.12.2008, DJ de 09.05.2008, decidiu, por unanimidade:

A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte.

Em razão da supressão, pela lei 11.646/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão.

A análise do pleito de afastamento da qualificadora surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do habeas corpus. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida.

Em NOTÍCIAS DO STF do dia 13 de Março de 2009, lemos:

Ministro Celso de Mello afasta proibição de liberdade provisória da lei de tóxicos

O ministro Celso de Mello ordenou, em caráter liminar, a soltura de uma mulher acusada de tráfico ilícito de drogas em Governador Valadares (MG). M.C.P.R. foi presa em flagrante em abril de 2008 com 17 pedras de crack e maconha. A decisão foi dada no Habeas Corpus (HC) 97976.

O fundamento da prisão de M.C.P.R., ordenada pelo juiz da Segunda Vara Criminal da comarca, havia sido o artigo 44 da Lei 11.343/06 (nova lei de tóxicos), que trata o crime de tráfico como inafiançável e insuscetível de liberdade provisória. Contudo, o ato de acabar com a liberdade provisória de todo e qualquer traficante, independentemente de análise da gravidade do delito, tem sido repellido pela jurisprudência do Supremo. No entendimento dos ministros da Corte, proibir de maneira absoluta a liberdade provisória afronta os princípios da presunção de inocência e da garantia do devido processo legal, entre outros.

Celso de Mello lembrou que o Tribunal teve interpretação semelhante no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3112) que questionava a legalidade do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento (10.826/03). O artigo dizia que a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo eram crimes insuscetíveis de

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

liberdade provisória. Naquela ocasião, o Supremo reconheceu a sua inconstitucionalidade. “Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade”, destacou o ministro.

Segundo ele, ao obrigar a prisão do traficante, a Lei 11.343/06 também ofende a razoabilidade, que seria uma condição necessária no momento da elaboração das leis. “Como se sabe, a exigência da razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo”, comentou.

“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”, frisou o ministro na decisão.

Por fim, salientou 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 que, em outras palavras, significa dizer que compete ao Judiciário verificar as circunstâncias peculiares de cada caso e decidir pela prisão preventiva ou não do acusado.

A decisão foi unânime. Votaram comigo os juízes: ASSUSETE MAGALHÃES e JUIZ FEDERAL CESAR JATAHY FONSECA.

O acórdão ficou assim ementado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA.

- 1. A mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do Código de Processo Penal, segundo o Supremo Tribunal Federal, não dispensa a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da prisão preventiva.*
- 2. Garantia da ordem pública é uma medida, até certo ponto, de segurança: evitar a continuação da prática do crime. Mas, é preciso que fique demonstrado que o indiciado ou o acusado continua a praticar crimes. Não basta a presunção.*
- 3. A fundamentação do decreto de prisão na garantia da ordem pública deve estar baseada no fato concreto de que o réu em liberdade poderá causar perturbações de monta, intranquilizando a sociedade.*
- 4. A só gravidade do crime imputado não é suficiente para justificar a prisão preventiva. Nem a justifica o significar pronta reação ao delito.*
- 5. O juiz deve cingir-se aos fatos, às circunstâncias, constantes dos autos. Não pode navegar na imaginação.*
- 6. Asseguramento da lei penal. O juiz não pode fazer conjecturas, suposições. Tem de ater-se aos elementos constantes dos autos, que lhe possibilitam determinar a prisão.*
- 7. Meras conjecturas, suposições, suspeitas, prognósticos não podem e nem servem como fundamento da prisão preventiva.*
- 8. É necessário que o juiz concretamente demonstre que o indiciado está estorvando a instrução criminal. Presunções nada valem.*
- 9. "A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte" (Min. JOAQUIM BARBOSA,*

HABEAS CORPUS N. 0048126-67.2010-4.01.0000/MT

relator, HC 92.824/SC, julgado, pelo STF, em sessão de 18.12.2008, DJ de 09.05.2008).

10. *É verdade que a criminalidade organizada cada dia mais organizada se torna, que a corrupção prolifera como cogumelo, mas isso não justifica em nenhuma hipótese as graves violações aos direitos fundamentais do cidadão.*

11. *Devemos respeitar a ordem legal firmada no Estado Democrático e de Direito. Reverenciar, sempre, a Constituição Federal, que nos foi outorgada pelo povo. Devemos nos afastar do apelo promocional, do discurso do pânico.*

12 *"A diferença entre um Estado totalitário e um Estado Democrático de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva" (Min. Gilmar Mendes, relator, HC 91386/BA, julgado, pelo STF, na sessão de 19.02.2008, DJ 15.05.2008).*

A este caso, aplica-se a presente decisão. Não há razão, por essas alegações, para a prisão da paciente, CECÍLIA CORREIA LUZ.

2. Em informações, diz, ainda, o juiz que "a paciente, até a presente data, continua foragida há mais de 01 (um) ano, mesmo tendo plena ciência da existência de uma ação penal em seu desfavor, o que só comprova a necessidade de acautelamento para aplicação da lei penal. Com efeito, não há risco de fuga, mas sim, fuga concreta, já que a paciente não se apresentou nem tampouco sua defesa movimentou-se neste sentido" (fls. 71).

Informou também que a paciente foi denunciada na ação penal 2009.36.01.004587-9 como incurso nas sanções do art. 35, com a incidência das majorantes previstas no art. 40, I e V, da Lei 11.343/2006.

Não se pode exigir daquele que está sob ameaça de uma prisão ilegal, que, previamente, se submeta à prisão, para depois impetrar habeas corpus. Tal exigência "afrontaria o próprio instituto constitucional do habeas corpus preventivo". (Ministro Sepúlveda Pertence).

3. **Ante o exposto, concedo** a presente ordem de *habeas corpus* impetrada em favor da paciente, CECÍLIA CORREIA LUZ, devendo ser recolhido o mandado de prisão.

4. É o voto.