



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS



Habeas Corpus nº:

0198777-7

159

Comarca Origem:

Caruaru – 4ª Vara Criminal

Impetrante:

Pollyanna Queiroz

Paciente:

Tamires Marillian Guilhermina da Silva

Relator:

Des. Mauro Alencar de Barros

Procuradora de Justiça (convocada):

Patrícia Carneiro Tavares

Órgão Julgador:

2ª Câmara Criminal

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELA VIA ELEITA. PRISÃO EM FLAGRANTE. FLAGRANTE FORMALMENTE PERFEITO. DECISÃO FUNDAMENTADA NO ART. 44, DA LEI Nº 11.343/2006. ORDEM DENEGADA.

1. Inicialmente, cumpre esclarecer que a análise de possível desclassificação do tipo penal à paciente atribuído – de tráfico ou posse para consumo próprio – não pode aqui ser discutida, vez que demanda instrução probatória, impossível de, pela via eleita, ser realizada.
2. No que se refere à alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo, verifica-se que a instrução criminal está seguindo sua tramitação dentro da normalidade e em conformidade com os critérios razoabilidade exigidos pela jurisprudência, de modo que não resta caracterizado o constrangimento argüido. Observa-se, inclusive, que durante o trâmite do presente *writ*, a defesa já foi intimada para oferecimento de defesa preliminar e para comparecimento à audiência de instrução e julgamento, designada para dia 15/12/2009.
3. Não se pode olvidar que o prazo de 81 dias para conclusão da instrução criminal, quando se tratar de réu preso, não é absoluto, devendo-se ponderar se há ou não excesso de prazo razoável, o que, in casu, não é observado.
4. Quanto ao argumento levantado pela impetrante de que por conta da não conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, estaria a paciente sofrendo constrangimento ilegal, constata-se que tal ato não se faz imprescindível para o Processo Penal pátrio, uma vez que a prisão em flagrante, em si, já é espécie e prisão cautelar, devendo permanecer em vigor enquanto perdurar sua necessidade.
5. Por último, observando-se o fundamento da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, qual seja, a vedação expressa dada pelo art. 44, da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que, *in casu*, trata-se de prisão em flagrante delito, onde foram encontradas com a paciente 04 (quatro) papérolas de maconha e 370 (trezentos e setenta) gramas da mesma droga, embalada e prensada. Da análise das peças e documentos acostados, restou claro que o flagrante se encontra formalmente perfeito, não se vislumbrando nenhuma das causas previstas nos termos do art. 5º, LXV, da Magna Carta.
6. Por maioria de votos, denegou-se a ordem.

M



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR DE BARROS



160

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus* nº 0198777-7, da Comarca de Caruaru, em que figuram, como impetrante, Pollyanna Queiroz, e como paciente, **Tamires Marillian Guilhermina da Silva**, acordam os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, **por maioria de votos**, em denegar a ordem do presente *habeas corpus*, tudo consoante consta do relatório e voto anexos, que passam a fazer parte do julgado.

Recife, 18 de novembro de 2009.

Des. MAURO ALENCAR DE BARROS

Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros



161

Habeas Corpus nº: 0198777-7
Comarca Origem: Caruaru – 4ª Vara Criminal
Impetrante: Pollyanna Queiroz
Paciente: Tamires Marillian Guilhermina da Silva
Relator: Des. Mauro Alencar de Barros
Procuradora de Justiça (convocada): Patrícia Carneiro Tavares
Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório impetrado por Pollyanna Queiroz, em favor de **Tamires Marillian Guilhermina da Silva**, no qual é apontado como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru, objetivando, em sede de liminar e no mérito, a concessão de liberdade provisória, com a expedição do competente alvará de soltura.

Sustenta a impetrante não subsistirem razões para manutenção da prisão cautelar, sobretudo porque a paciente é primária.

Afirma ainda ser evidente o excesso de prazo, uma vez que, ultrapassados 56 dias de sua prisão, sequer foi realizada a sua ouvida.

Esclarece que a paciente foi presa em flagrante delito, no dia 23/07/2009, sendo-lhe imputado o delito tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, por supostamente estar realizando tráfico de entorpecentes.

Alega que o pedido de liberdade provisória foi indeferido sob o fundamento de que é vedada a concessão de liberdade provisória para os delitos tipificados no dispositivo acima mencionado, nos moldes do art. 44, da Lei nº 11.343/2006.

Noticia que passados 56 dias de reclusão, a prisão em flagrante delito ainda não foi convertida em prisão preventiva, o que viola de forma clara o direito de liberdade da paciente. Acrescenta que, ainda que houvesse sido convertida, não estariam preenchidos os requisitos presentes no art. 312, do CPP, sustentando que a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros



paciente não registra antecedentes criminais, pelo delito ora em análise ou por qualquer outro.

162

Acostou documentos de fls. 13/79.

Indeferido pedido liminar, fora oficiada a autoridade dita coatora.

Em suas informações, às fls. 94/95 e, documentos às fls. 96/99, esclareceu que a paciente se encontra presa por força de prisão em flagrante e, fundamenta o seu pleito de concessão de liberdade provisória na inoccorrência de quaisquer das hipóteses da prisão preventiva.

Além do r. exposto, acrescentou a autoridade apontada como coatora, após fazer considerações acerca da situação em que se encontra a 4ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru, que a paciente teve seu pedido de liberdade provisória indeferido, tendo sido a denunciada intimada para apresentação de defesa preliminar, com designação de audiência de instrução e julgamento para o próximo 15/12/2009.

A Procuradoria de Justiça, através do Parecer acostado às fls. 104/106, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Recife, 18 de novembro de 2009.

Des. Mauro Alencar de Barros

Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros



Habeas Corpus nº: 0198777-7
Comarca Origem: Caruaru – 4ª Vara Criminal
Impetrante: Pollyanna Queiroz
Paciente: Tamires Marillian Guilhermina da Silva
Relator: Des. Mauro Alencar de Barros
Procuradora de Justiça (convocada): Patrícia Carneiro Tavares
Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

VOTO DO RELATOR

Da análise dos autos infere-se que a paciente está respondendo à acusação pela prática do crime inserto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, tendo sido presa em flagrante delito no último dia 23/07/2009.

Em suma, pugna a impetrante pela concessão da ordem por entender que:

- i) Presa em flagrante, a denunciada ainda não teve sua prisão convertida em preventiva, tendo seu pedido de liberdade provisória sido indeferido, nos moldes do art. 44, da r. mencionada lei, o que fere seu direito de liberdade;
- ii) Resta evidente o constrangimento ilegal por excesso de prazo, uma vez que, passados 56 dias da prisão da paciente, esta ainda não foi sequer ouvida;
- iii) A paciente vem mantendo bom comportamento, jamais apresentando conduta criminosa ou violenta, e sendo ínfima a quantidade de droga encontrada com a mesma, restando claro que a quantidade destinar-se-ia a consumo próprio.

Pois bem.

Entendo não merecer guarida as alegações apresentadas em favor da paciente.

Primeiramente, cumpre observar que, em via de *Habeas Corpus*, a análise de provável desclassificação do tipo penal à paciente atribuído - de tráfico ou



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros



posse para consumo próprio, não pode aqui ser discutido, demandando instrução probatória, impossível de, pela via eleita, ser realizada.

164

No que concerne ao alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo, tais argumentos não procedem, uma vez que, observando-se o princípio da razoabilidade, resta justificada a demora para o término da instrução criminal, nos termos colacionados pela autoridade apontada como coatora, em seu ofício, de fls. Ainda, observa-se que durante o trâmite do presente *writ*, a defesa já foi intimada para oferecimento de defesa preliminar e para comparecimento à audiência de instrução e julgamento, designada para o próximo dia 15/12/2009.

Argumenta, ainda, a impetrante que por não ter sido a prisão em flagrante da paciente convertida em prisão preventiva, restaria caracterizado o constrangimento ilegal mencionado. Ocorre que, como é cediço, tal ato não se faz imprescindível para o Processo Penal pátrio, uma vez que a prisão em flagrante, em si, já é espécie de prisão cautelar, devendo permanecer em vigor enquanto perdurar sua necessidade.

Por último, convém observar que o MM Juiz *a quo*, em sua decisão de indeferimento do pedido de liberdade provisória, entendeu vedada sua concessão, haja vista o disposto no art. 44, da Lei nº 11.343/2006.

Convém tecer alguns comentários acerca do contido no referido artigo.

Dispõe o art. 44, *caput*, que:

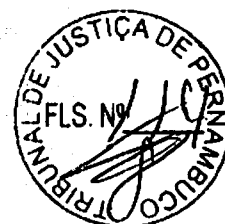
Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

É sabido que nossos Tribunais Superiores ainda não firmaram posicionamento pacífico acerca do dispositivo em comento, havendo, inclusive, discussão acerca da constitucionalidade do referido. São duas as correntes:

- i) Uma delas vem adotando o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem direito à liberdade provisória, por expressa vedação do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, sendo, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros



165

Acrescenta a corrente que a redação conferida ao art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, pela Lei nº 11.464/2007, não prepondera sobre o disposto no art. 44, da citada Lei, eis que esta se refere explicitamente à proibição da concessão de liberdade provisória em se tratando de delito de tráfico ilícito de substância entorpecente¹;

ii) A outra defende a imprescindibilidade de demonstração, com base em elementos concretos, da necessidade da custódia, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, não obstante, a vedação à liberdade provisória contida na mencionada legislação, eis que entendido que a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção².

Ocorre que, trata-se, *in casu*, de prisão em flagrante delito, onde foram encontrados com a paciente, mais especificamente em seus aposentos, 04 (quatro) papелotes de maconha e 370 (trezentos e setenta) gramas da mesma droga, embalada e prensada.

Da análise dos autos, tendo sido acostada cópia integral do feito, verifico tratar-se de flagrante formalmente perfeito, não se vislumbrando nenhuma das causas previstas nos termos do art. 5º, LXV, da Magna Carta.

Portanto, tal como se infere do contido no art. 310, deste mesmo diploma, verificando o MM Juiz *a quo* que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. E ainda, se observada a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312), igual procedimento será adotado.

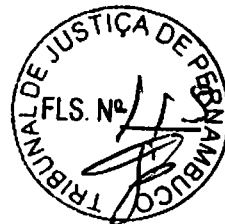
Contudo, como se observa dos fatos mencionados acima, a paciente não faz jus à concessão de tal benesse. De fato, em virtude da natureza do delito em

¹ HC 146023/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 03/11/2009.

² AgRg no HC 130985/RS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 03/11/2009.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Des. Mauro Alencar de Barros



166

apreço, é de ser mantida o indeferimento da concessão de liberdade provisória, a fim de inibir que a paciente continue a serviço do tráfico, voltando a delinquir. Atendidos os requisitos da preventiva, não há que se falar em concessão de liberdade provisória.

Ressalte-se que, como mencionado pela impetrante sobre os bons antecedentes da paciente, ainda que seja a paciente primária e tenha endereço certo, tais circunstâncias não ensejam, por si sós, a liberdade provisória. É uníssona a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores nesse sentido. Senão vejamos o seguinte aresto do STJ:

"As condições pessoais favoráveis do recorrente -- primariedade, bons antecedentes, residência fixa e atividade lícita -- não são garantidoras de eventual direito de liberdade quando outros elementos constantes nos autos recomendam a sua custódia cautelar. Precedentes". (STJ, RHC 16998 / MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 11.04.2005, p. 334)

Diante do exposto, peço vênia a D. Procuradora de Justiça, e **voto pela denegação da ordem.**

Recife, 18 de novembro de 2009.

Des. Mauro Alencar de Barros
Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

167

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL -- 18.11.2009

HABEAS CORPUS Nº 198.777-7 - CARUARU

IMPETRANTE: POLYANA QUEIROZ

PACIENTE: TAMIRES MARILLIAN GUILHERMINA DA SILVA.

RELATOR: DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR

Relatório nos autos, fls. 110-111.

O EMINENTE RELATOR LEU O SEU VOTO, FL.S 112-115 DOS AUTOS,

DESEMBARGADORA ALDERITA RAMOS (PRESIDENTE)

O relator denega a ordem, voto que ponho em discussão. Desembargador, muito embora Vossa Excelência tenha referido no voto que a discussão sobre a matéria, sobre a possibilidade ou não de se conceder a liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, na verdade tudo em direito é discutível, é questionável, é controvertido porque é da natureza da ciência do direito ela comportar essas discussões porque é uma ciência essencialmente dialética, por isso todo tema é suscetível e fomenta discussão.

Esse tema foi enfrentado hoje na sessão da terceira câmara e a decisão do Supremo Tribunal, da ministra Ellen Grace, que ela diz textualmente que a posição do Supremo está sedimentada no sentido de que o art. 44 da Lei 11.343 não padece de qualquer inconstitucionalidade por força mesmo do que dispõe a Constituição Federal no seu art. 5º, XLIII onde diz: "A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". Outra coisa não fez o art. 44, de modo que não paira nenhuma dúvida de que esses crimes mencionados no referido dispositivo constitucional, eles são insuscetíveis de fiança e se ele não pode ser nem afiançável quanto mais o individuo beneficiar-se da liberdade provisória sem fiança. Se com fiança ele não pode ser solto, quanto mais sem fiança. De modo que essa matéria é para mim muito clara, sorte minha que o Desembargador Cláudio Jean tem o mesmo entendimento.

DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR (RELATOR)

Eu fiz essas ponderações porque de fato eu nunca tinha enfrentado, até pelo meu voto Vossa Excelência percebeu que eu coloquei as duas situações e não enfrentei a fundo. O que me chama a atenção muitas vezes é que o flagrante neste caso específico está perfeito, então por força de que o juiz apreciando o pedido de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

168

liberdade provisória, ele ao invés de fazer alguma análise da situação de fato, simplesmente negou o pedido de liberdade provisória com fundamento no disposto no art. 44.

DESEMBARGADORA ALDERITA RAMOS (PRESIDENTE)

Porque se trata de crime hediondo, de prisão em flagrante. A prisão foi em flagrante, então vai cair no art. 44 que é inafiançável, por isso não pode haver a liberdade provisória.

DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR (RELATOR)

Eu digo o seguinte, é porque há uma corrente que entende que poderia, então o juiz teria que enfrentar essa questão e não simplesmente de forma lacônica dizer "deixo de conceder a liberdade provisória em face do disposto no art. 44" precisaria ele dizer mais alguma coisa. O que eu quero colocar é que de todo jeito o flagrante está perfeito e no caso concreto aqui não há elementos que justifique a concessão da liberdade provisória, por isso que o meu voto é pela denegação. E aí eu reconheço, a bem da verdade, que eu passei de lado para não enfrentar a fundo como Vossa Excelência já firmou posicionamento a respeito dessa matéria.

DESEMBARGADORA ALDERITA RAMOS (PRESIDENTE)

Porque com base, inclusive, da decisão do Supremo que já sedimentou segundo o voto da ministra Ellen Grace, entendimento no sentido de que a norma descrita no art. 44 da Lei 11.343 não padece de qualquer inconstitucionalidade com base na própria constituição.

DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR (RELATOR)

Votam aqui nessa mesma linha de Vossa Excelência do precedente da ministra Ellen Grace e do Ministro Celso de Mello nesta mesma linha. O grande problema é que agora está surgindo, com o voto do Ministro Eros Grau, ele já está levantando uma tendência diferente, ele vai por uma linha diferenciada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

169

DESEMBARGADORA ALDERITA RAMOS (PRESIDENTE)

Mas por enquanto essa linha que ele está levantando ainda não é maioria sequer.

DRA. PATRICIA CARNEIRO TAVARES – PROCURADORA DE JUSTIÇA

Só um comentário, na verdade o parecer foi meu e a grande questão é porque normalmente os juizes, além de falar da vedação do art. 44, eles reforçam o flagrante, reforçam a necessidade da preventiva e neste caso caiu justamente nessa discussão porque a única fundamentação foi a vedação legal, então como Desembargador Mauro disse há duas correntes e eu me filio por uma e ele e Vossa Excelência por outra.

DESEMBARGADOR CLÁUDIO JEAN NOGUEIRA

O parecer de Vossa Excelência é no sentido de conceder com a obrigação de comparecer a todos os atos?

DRA. PATRICIA CARNEIRO TAVARES – PROCURADORA DE JUSTIÇA

Não, seria relaxamento do flagrante por nulidade do decreto que manteve a prisão em flagrante e não concedeu a liberdade provisória.

DESEMBARGADOR MAURO ALENCAR (RELATOR)

Aí viria uma outra questão que eu cheguei a pensar – existe, veja, é diferente, se houvesse uma preventiva, ele estava solto e houve um decreto de prisão preventiva e houve o pedido de liberdade provisória mais adiante, e o juiz tivesse negado por conta do art. 44, porque aí a fundamentação seria a preventiva. No caso do flagrante a questão é saber o seguinte, eventualmente, no caso de uma concessão da ordem aqui seria para anular a decisão do juiz que negou o pedido de liberdade provisória por força só do argumento do art. 44 e voltar ele – porque aí também uma discussão nessa linha também. A prisão em flagrante está perfeita, não há nulidade do flagrante, então o tribunal aqui, por força de que o juiz apreciando o pedido de liberdade provisória disse “eu não concedo a liberdade por força do art. 44” e o tribunal vem dizendo o seguinte: “isso não é argumento, e se não é argumento então é nula essa decisão” - e eu vou relaxar o flagrante automaticamente? Eu creio que não. Eu creio que se houvesse o caso de concessão da ordem seria para anular a



170

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
DIVISÃO DE TAQUIGRAFIA

decisão do magistrado de 1º grau e retornar os autos para que ele proferisse outra decisão. Mas eu nem fui por aí e votei na denegação da ordem. Eu vou amadurecer essa matéria, mas nesse caso eu votei pela denegação da ordem e mantenho este entendimento.

DESEMBARGADORA ALDERITA RAMOS (PRESIDENTE)

E como se trata de prisão em flagrante cuja normalidade não foi questionada, então o magistrado, com respaldo no art. 44 da Lei 11.343, entendeu por bem de denegar o pedido de liberdade provisória, o que acho que ele fez com acerto e com respaldo na lei. Vou colher votos.

DESEMBARGADOR CLÁUDIO JEAN NOGUEIRA

O meu voto é no sentido de tornar nula a decisão determinando que os autos voltem para que ele dê outra decisão. É nesse patamar. Estou divergindo pedindo vênias ao eminente Desembargador nesse sentido de anular a decisão dele para que ele dê nova decisão e concedendo a ordem.

DESEMBARGADORA ALDERITA RAMOS (PRESIDENTE)

Eu voto acompanhando o eminente relator pedindo vênias a dissidência.

DECISÃO:

"POR MAIORIA DE VOTOS, DENEGOU-SE A ORDEM".
