



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins



Habeas Corpus n.º 0203895-5 – 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes

Impetrante: Célio Avelino de Andrade
Paciente: Sérgio Luiz de Souza
Relator: Des. Roberto Ferreira Lins
Procuradora: Drª. Gerusa Torres de Lima
Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal

108

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO*. PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA. DENÚNCIA. ADEQUAÇÃO. FLAGRANTE. LEGALIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. NÃO CABIMENTO. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Na via estreita do *Habeas Corpus* não é possível analisar provas, o que torna inviável a incursão almejada pelo impetrante com relação à tipificação dos delitos, estando a denúncia em consonância com o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.
2. Não se vislumbra qualquer vício formal ou material que macule a prisão em flagrante do paciente, que obedeceu ao disposto no art. 302 do Código de Processo Penal.
3. Tratando-se de acusação pelo crime de tráfico de drogas, é vedada a concessão de liberdade provisória, por força do art. 44, da Lei nº 11.343/06, que está em vigor em razão do princípio da especialidade, devendo ser mantida a medida restritiva de liberdade.
4. *Habeas Corpus* parcialmente conhecido e denegado.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n.º 0203895-5, da 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes, em que são partes as acima indicadas. Acordam, unanimemente, os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, na sessão do dia 26 de JANEIRO de 2010, conhecer parcialmente a ordem e denegá-la, tudo de acordo com o relatório, a ementa e os votos anexos, que fazem parte do julgado.

Recife, 26 de Janeiro de 2010.

Des. Roberto Ferreira Lins.
Presidente e Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins



Habeas Corpus n.º 0203895-5- 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes

Impetrante: Célio Avelino de Andrade
Paciente: Sérgio Luiz de Souza
Relator: Des. Roberto Ferreira Lins
Procuradora: Dr.ª. Gerusa Torres de Lima
Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal

109

RELATÓRIO

Cuida-se de *Habeas Corpus* Liberatório, com pedido liminar, interposto pelo Bacharel Célio Avelino de Andrade, em favor de Sérgio Luiz de Souza, preso em flagrante e denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, c/c o art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, bem como no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, e no art. 299, c/c art. 69, do Código Penal. Apona como autoridade coatora o MM. Juiz da 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes.

Alega o impetrante que inexistente flagrante delito, não se encontrando o paciente em qualquer das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, e que não consta na denúncia qual das condutas delituosas previstas no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é atribuída ao paciente. Afirma que o fato narrado não se equipara ao delito previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, não tendo o paciente adulterado sinal ou características de arma de fogo, e que a posse de arma apreendida em sua casa não constitui infração penal, tendo até o final de 2009 para efetuar cadastro ou fazer a entrega da arma à Polícia Federal.

Aduz que há ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia, tendo o *Parquet* se equivocado em relação ao delito previsto no art. 299 do Código Penal, sendo incabível a denúncia pela suposição de que o paciente não preenchia os requisitos para aquisição de Carteira Nacional de Habilitação por ser analfabeto.

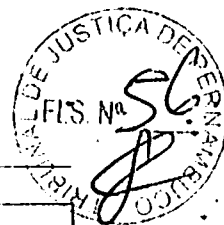
Assere, ainda, que o MM. Juiz não se manifestou sobre o pedido de liberdade provisória, inexistindo indício de que o paciente tenha perturbado a investigação policial, venha a fazê-lo, ou de que venha se evadir do distrito de culpa.

Indeferida a postulação de liminar, a autoridade impetrada prestou as informações de fls. 38 a 39, esclarecendo que o paciente foi preso após vasta investigação da DRE/DRF/SR- PE, sendo identificado que o mesmo receberia uma grande quantidade de droga em determinado dia, informações que levaram à prisão do corréu, que confessou a entrega do entorpecente ao paciente. Afirma, ainda, que a designação de audiência de instrução e julgamento depende apenas da apresentação da defesa pelo terceiro acusado.

A Procuradoria de Justiça, por meio do parecer de fls. 49 a 50, opinou pela denegação da ordem, entendendo que não se pode negar que foi encontrada pequena quantidade de droga na residência do paciente, o que já é suficiente para a prisão em flagrante, e que a denúncia é bem clara aos descrever as ações praticadas pelo paciente, evidenciando uma organização para prática de crimes. Aduz, por fim, que consta contra o paciente mandado de prisão decorrente de outro processo, em que responde pelo crime de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins



Habens Corpus n.º 0203895-5 – 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes

seqüestro, o que por si só já justifica a custódia do paciente, inexistindo qualquer irregularidade na lavratura do auto de prisão em flagrante.

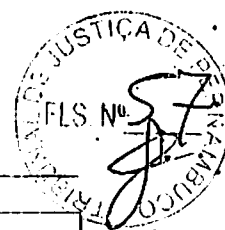
110

É o relatório.

Des. Roberto Ferreira Lins
Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins



Habeas Corpus n.º 0203895-5- 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes

Impetrante: Célio Avelino de Andrade
Paciente: Sérgio Luiz de Souza
Relator: Des. Roberto Ferreira Lins
Procuradora: Drª. Gerusa Torres de Lima
Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal

111

VOTO DO RELATOR

Senhores Desembargadores, Sr(a) Procurador(a) de Justiça.

Conforme relatado, o presente *Writ* foi impetrado em benefício de Sérgio, Luiz de Souza, preso em flagrante e denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, *c/c* o art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, bem como no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, e no art. 299, *c/c* art. 69, do Código Penal.

Assere o impetrante, em síntese, que não se mostram presentes as hipóteses de flagrância, que não consta na denúncia qual das condutas delituosas previstas no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é atribuída ao paciente, que o fato narrado não se equipara ao delito previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, que há ausência de justa causa para o oferecimento da denúncia em relação ao delito previsto no art. 299 do Código Penal, e que o MM. Juiz não se manifestou sobre o pedido de liberdade provisória, inexistindo indício de que o paciente tenha perturbado a investigação policial, venha a fazê-lo, ou de que venha se evadir do distrito de culpa.

Pois bem.

Inicialmente observa-se ser inviável, neste momento, a análise acerca da ausência de tipificação da conduta do réu, porque demandaria cotejo de provas, o que é vedado na via estreita do *Habeas Corpus*, exame este a ser procedido na fase destinada ao julgamento do feito; cabe aqui verificar se o Paciente está sofrendo ou na iminência de sofrer coação ou violência em sua liberdade de ir e vir.

Verifica-se, que a denúncia descreve os fatos em tese criminosos, aponta as suas circunstâncias, qualifica o paciente e classifica os crimes, satisfazendo os requisitos dos artigos 41 do Código de Processo Penal. Assim, entendo que há provas da materialidade do fato e indícios suficientes da autoria do paciente, o que basta para a instauração da ação penal.

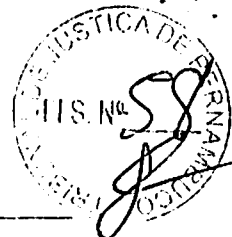
Assim, observo que o Representante do Ministério Público bem delineou as condutas praticadas pelo paciente, dentre as quais consta, à fl. 22, a vontade livre e consciente do denunciado, refletida na sua conduta dirigida para o fim de transportar, trazer consigo, adquirir, e fornecer drogas, não havendo que se falar em ausência de delinquecimento das condutas delituosas previstas no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Nestes lindes, registro que os argumentos alinhavados pelo impetrante, no sentido de que o fato narrado não se equipara ao delito previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, não tendo o paciente adulterado sinal ou características de arma de fogo, e de que é incabível a denúncia quanto ao crime previsto no art. 299 do Código Penal, ante a suposição de que o paciente não preenchia os requisitos para aquisição de Carteira Nacional de Habilitação por ser analfabeto, sustentando, assim, a ausência de justa causa para instauração da devida ação penal, constitui-se na sua interpretação da prova constante do

rmnb - PC 01



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins



Habeas Corpus n.º 0203895-5- 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes

112

processo originário, cuja análise meritória decisiva, como já adiantado, não é possível realizar nos estreitos limites deste *writ*. Essa matéria naturalmente não pode ser conhecida nesta sede.

Enfim, a real repercussão jurídica das teses suscitadas neste *habeas corpus* deve ser desatada pelo julgador *a quo*, após a plena instrução do processo (onde serão produzidas as provas sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa), momento próprio para o exame conclusivo das notas estruturais da materialidade, da autoria, da tipicidade do fato e da imputabilidade do paciente.

Desse modo, ao menos em juízo de plausibilidade, não há falar em ausência de justa causa a instauração da ação penal. Portanto, concluo pela plausibilidade jurídica da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Outrossim, não se vislumbra qualquer ilegalidade na prisão do paciente, constando do auto de prisão em flagrante, às fls. 08 e 09, que o paciente foi localizado e preso, ante a existência de mandado de prisão expedido contra o mesmo pela Justiça da Paraíba, e que, após informação dada pelo mesmo, realizou-se uma busca na sua residência, onde foi encontrada, dentre outras coisas, uma pequena amostra de cocaína, bem como uma pistola Taurus.

Desse modo, plenamente caracterizada a situação de flagrância, não se detectando no auto de prisão em flagrante qualquer vício formal ou material que macule a prisão em flagrante. Ao revés, o flagrante obedeceu ao disposto no artigo 302 do Código de Processo Penal. Assim, não há falar-se em ilegalidade do auto de prisão em flagrante.

Aliás, o próprio paciente quando interrogado no flagrante, deixou escapar que efetivamente viajou para Rondônia, local indicado pelo outro corréu, Antônio Luca da Silva, seu conhecido, como sendo o da aquisição da cocaína mencionada no auto de prisão em flagrante.

Ademais, prescindível a discussão acerca dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, ante o não cabimento da liberdade provisória no presente caso, cuja vedação encontra-se prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, abaixo transcrito:

“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”

Não procede o entendimento de que o dispositivo legal supracitado foi afastado pelo art. 1º, da Lei nº 11.464/07. Ocorre, em verdade, um conflito entre uma lei geral (porque dispõe para todos os crimes hediondos e equiparados) e posterior, com o art. 44 da Lei nº 11.343/06, lei especial (que dispõe sobre o crime de tráfico de entorpecentes especificamente) e anterior, ambas leis de mesma hierarquia.

Assim, ante a existência de diversos critérios aos quais o aplicador deverá recorrer para solucionar tal conflito, prepondera o entendimento de que deve ser aplicado o critério da especialidade, sobrepondo-se ao critério cronológico.

Desse modo, nos crimes de tráfico de drogas, mormente se praticados após a vigência da Lei nº 11.343/2006, é proibida a concessão de liberdade provisória, razão pela qual o seu indeferimento não exige fundamentação concreta.

PC 04



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins



Habeas Corpus n.º 0203895-5 – 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes

113

Ressalte-se que a vedação constitucional dirige-se à concessão de liberdade provisória ao réu preso em flagrante, de modo que, se se tratasse de prisão preventiva, aí sim seria exigida fundamentação idônea, nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Este entendimento foi esposado pela Eminentíssima Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, consoante se observa da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. 2. PEDIDO FORMULADO PARA QUE OS PACIENTES TENHAM O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSENTOU ESTAREM PRESENTES, NO CASO, OS PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII). Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. (...). (HC 97883, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 23/06/2009)

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça perfilha o mesmo entendimento:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELO EM LIBERDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO.

1. Na linha do entendimento desta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins



Habeas Corpus n.º 0203895-5- 2ª Vara Criminal dos Feitos relativos a Entorpecentes

114

Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. (...)(STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08.) 3. Ordem denegada. (HC 146.023/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. em 13/10/2009)

Ademais, o paciente responde a dois outros processos, sendo acusado pela prática de latrocínio e de seqüestro, constando mandado de prisão contra o mesmo no segundo, de modo que, consoante afirmado pelo douto Procurador de Justiça, às fls. 49 e 50, "sua custódia se não fosse em razão do flagrante, estaria e está justificada pelo mandado de prisão nos autos do processo que tramita na Paraíba."

Outrossim, inexistente afronta ao princípio da presunção de inocência, já que a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão cautelar, desde que necessária (CF, art. 5º, LXI), não constituindo a prisão em análise em cumprimento antecipado da pena eventualmente imposta, mas em bases cautelares ante um juízo de necessidade da medida.

Feitas essas reflexões, voto no sentido de conhecer parcialmente a ordem e de denegá-la, haja vista, repise-se, que o paciente não está sofrendo, por enquanto, sob qualquer ângulo de análise, constrangimento ilegal.


Des. Roberto Ferreira Lins
Relator