



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº RHC/DD/1862/14

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 125.434/SP

RECORRENTE: GERALDO ANTONIO BAPTISTA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO

Ementa. Recurso em *habeas corpus*. Tráfico e associação para o tráfico. Pretensão de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Superveniência de sentença condenatória que mantém a segregação cautelar pelos mesmos fundamentos do decreto primitivo. Inexistência de prejuízo para a análise da impetração. Gravidade abstrata do delito. Ausência de fundamentação idônea. Parecer pelo provimento do recurso.

Trata-se de recurso interposto contra acórdão que denegou *habeas corpus*, impetrado com o propósito de que fosse assegurado ao recorrente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Subsidiariamente, pugna pela aplicação de medida cautelar diversa da prisão e/ou anulação do acórdão proferido pelo TJSP.

Consta dos autos que Geraldo foi condenado à pena de 14 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, por infração aos arts. 33, §1º, II e III, e 35, c/c 40, VI, da Lei nº 11.343/2006. Não lhe foi deferido o direito de recorrer em liberdade. Interposta apelação, a ela foi negado provimento, o que ensejou oferecimento de recursos especial e extraordinário, ambos inadmitidos. Foram interpostos os respectivos agravos de instrumentos, pendentes de julgamento. Paralelamente, impetrou-se o HC 289.565/SP, perante o STJ, que contou com acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA

PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE E QUE ASSIM PERMANECEU DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Nos casos em que o acusado permaneceu preso durante a instrução criminal, a exigência de fundamentação exaustiva e a possibilidade do recurso em liberdade, de acordo com a jurisprudência pátria, devem ser avaliadas com prudência. Considerando que os elementos apontados no decreto construtivo foram suficientes para manter a medida excepcional em momento processual em que existia somente juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, com a prolação do édito condenatório, precedido de amplo contraditório, no qual as provas foram analisadas por órgão judiciário imparcial, é de todo incoerente reconhecer ao condenado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo quando inalterados os motivos ensejadores da medida. Assim, é incompatível com a realidade processual manter o acusado preso durante a instrução e, após a sua condenação – preservado o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar –, assegurar-lhe a liberdade. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.”

O recorrente invoca ausência de fundamentação da sentença ao manter a sua prisão preventiva.

Alega que é dirigente de um grupo religioso denominado rastafarianismo<sup>1</sup> – onde é cultuada a planta *cannabis sativa*

<sup>1</sup> Informa que referida igreja possui ato constitutivo e estatuto devidamente registrados em cartório e inscrição perante a Secretaria de Fazenda do Município de Americana e na Receita Federal.

(maconha), e que o uso dessa substância, no caso, está ancorado na liberdade de consciência e de crença, inscrita no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal.

Sustenta que os frequentadores eram livres para fazerem uso da substância por vontade e consciência próprias e que, apesar da tentativa de todos em produzir, para fins pessoais e religiosos, a sua própria *cannabis*, mesmo assim "o grupo como um todo não era auto suficiente na produção do sacramento e, por essa razão, dependiam da aquisição da erva oriunda do tráfico de droga."

Dessa forma, continua, não há razões suficientes para a manutenção de sua custódia, pois é "primário, não ostenta antecedentes criminais, tem domicílio certo no distrito da culpa<sup>2</sup>, dentre outras atividades lícitas, na qualidade de ativista social, ambientalista, publicitário (premiado duas vezes com 'Vladmimir Herzog' de imprensa) e fundador da primeira igreja Rastafári do Brasil."

Acrescenta que não houve uso de armamentos ou violência por ocasião da abordagem policial e que a quantidade da droga deve ser avaliada no seu contexto de uso.

Por fim, quanto ao pedido subsidiário, aponta, que nenhuma das teses apresentadas no recurso de apelação foi analisada pelo tribunal, o qual valeu-se de "fundamentação padrão", afrontando a norma prevista no art. 93, IX, da CF.

O recurso é tempestivo<sup>3</sup> e o seu conhecimento viabiliza-se na medida em que a questão de fundo foi analisada pela instância precedente.

De início, o tema relativo à possibilidade de superveniência de sentença ou acórdão condenatórios ou de pronúncia ensejarem novo título para a prisão não tem sido objeto de tratamento

<sup>2</sup> O local dos fatos é uma chácara onde reside o recorrente e onde também funcionava a igreja por ele inaugurada.

<sup>3</sup> O acórdão foi publicado em 21/8/2014, e o recurso, protocolado em 25/8/2014.

uniforme no âmbito interno de ambas as turmas dessa Corte, conforme demonstram os precedentes abaixo ementados:

a) Primeira Turma.

(i) cria novo título apenas se inserir novos fundamentos.

“EMENTA Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Interposição contra julgado em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Prisão preventiva. Fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal. Superveniência de sentença de pronúncia. Substituição do título prisional. Prejudicialidade do recurso. Precedentes. (...). 2. A superveniência de sentença de pronúncia, a qual agregou novos fundamentos para a manutenção da prisão cautelar da recorrente, por sua vez, constitui novo título prisional, diverso, portanto, do decreto originário analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, o que torna prejudicado o presente recurso. (...).” (RHC 120600, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014)

(ii) cria novo título independentemente de inserir novos fundamentos.

“Ementa: agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*. Efeitos da superveniência de sentença penal condenatória. 1. A superveniência de sentença penal condenatória, conforme a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, prejudica a análise da impugnação dirigida contra a ordem de prisão anterior. (...).” (RHC 119020 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 31-03-2014 PUBLIC 01-04-2014)

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO PRISIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DO PACIENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) 2. A superveniência de sentença condenatória em que o Juízo aprecia e mantém a prisão cautelar anteriormente decretada implica a mudança do título da prisão e prejudica o conhecimento de *habeas*

*corpus* impetrado contra a prisão antes do julgamento. (...)" (HC 117647 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 25-02-2014 PUBLIC 26-02-2014)

a) Segunda Turma.

(i) cria novo título apenas se inserir novos fundamentos.

"Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTÉM OS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a jurisprudência do STF, não há perda de objeto do *habeas corpus* quando a sentença condenatória superveniente mantém a custódia cautelar pelos mesmos fundamentos do decreto de prisão preventiva originário. Não há razão lógica e jurídica para obrigar a defesa a renovar o pedido de liberdade perante as instâncias subsequentes, impondo-lhe a obrigação de impugnar novamente os mesmos fundamentos que embasaram a custódia cautelar. O que acarreta a prejudicialidade da impetração é a sentença posterior que invoca motivação diversa do decreto prisional anterior. Precedentes. 2. (...)" (HC 119.183, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014)

"*Habeas corpus*. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pedido de liberdade provisória. Alegação de ausência dos requisitos da prisão preventiva. 3. Superveniência de sentença condenatória. Decisão do STJ julgando prejudicado o recurso interposto. 4. Construção cautelar mantida com os mesmos fundamentos. Inexistência do prejuízo. Precedentes. 5. Ordem concedida para determinar ao STJ que aprecie o mérito do RHC 36.675/MS. (HC 119741, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014)

(ii) cria novo título independentemente de inserir novos fundamentos.

"EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. ALEGAÇÕES DE EXCESSO DE PRAZO E DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL: NÃO OCORRÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. 1. Com a superveniência da

sentença condenatória, que constitui novo título da prisão, está superada a questão relativa ao excesso de prazo da prisão. Precedentes. (...).” (HC 119790, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2014 PUBLIC 07-02-2014)

“Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA OU DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT PREJUDICADO EM PARTE E, NA PARTE REMANESCENTE, ORDEM DENEGADA. I – A superveniência de sentença condenatória emanada do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP constitui novo título para a custódia cautelar do paciente e torna prejudicado o pedido de revogação da decisão que decretou a prisão preventiva em virtude da ausência de seus requisitos autorizadores. (...).” (HC 118227, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 31-03-2014 PUBLIC 01-04-2014)

Esse órgão ministerial alinha-se com a corrente que defende que o novo título apenas gera prejudicialidade se contiver novos fundamentos. Eis por quê.

Logo após a Constituição de 1988, começaram a chegar ao Supremo Tribunal Federal impetrações que defendiam a insubsistência da prisão cautelar em face do princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação. A legitimidade do instituto foi afirmada a partir de sua própria natureza, distinta da ideia de sanção. No HC 69.696-1/SP, julgado pelo Pleno em 18/12/92 e decidido por unanimidade de votos, o relator, Ministro Celso de Mello, afirmou em seu voto:

“A prisão cautelar – que não se confunde com a prisão penal (carcer ad poenam) – não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Constitui instrumento destinado a atuar 'em benefício da atividade desenvolvida no processo penal' (BASILEU GARCIA, 'Comentários ao Código de Processo Penal',

vol. III/7, item 1, 1945, Forense). Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – revela-se compatível com o princípio constitucional da não-culpabilidade”.

Desse modo, o só fato de haver uma condenação não interfere nos pressupostos e requisitos da prisão cautelar, dadas as finalidades absolutamente distintas de uma e de outra: a primeira, é sanção; a segunda, atende à finalidade do processo, para garantir a ordem pública, facilitar a colheita da prova e assegurar a aplicação da lei penal.

Assim, por maiores que sejam as evidências do crime e de seu autor, e por melhor que seja a fundamentação que leva à condenação, a prisão cautelar segue indiferente a esse fato.

Disso decorre que a superveniência de sentença, que não agrega qualquer razão nova para manter a medida cautelar, não pode ser vista como óbice ao conhecimento de impetração a ela anterior. Como todos os seus fundamentos foram preservados, permitiu-se ao impetrante impugná-los devidamente.

Por outro lado, o *habeas corpus*, como instrumento essencial à garantia do direito de livre locomoção, deve ter tramitação célere. Está na contramão do instituto adicionar exigências que em nada contribuem com o seu propósito, pois encerram-se no plano da mera formalidade.

Nesse sentido, as palavras do ministro Teori Zavascki no HC 119.183/MG:

“Ora, não há razão lógica e jurídica para obrigar a defesa a renovar o pedido de liberdade perante as instâncias subsequentes – o que, inclusive, contribuiria para o aumento de número de processos –, impondo-lhe a obrigação de impugnar novamente os mesmos fundamentos que embasaram a custódia cautelar. Não revela suficiente, para impedir o exame da impetração, a alegação genérica e automática de que a sentença condenatória configura o surgimento de um novo título prisional (agora respaldado nos elementos de prova colhidos na instrução criminal), já que argumentos da

espécie não guardam, evidentemente, pertinência com a cautelaridade inerente à prisão preventiva, ou seja, com os pressupostos variáveis descritos no art. 312 do CPP: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal do CPP. Por isso mesmo é que a perda de objeto do habeas corpus somente se justifica quando a sentença condenatória invocar fundamentos diversos do decreto prisional originário. É que nesse caso a defesa deverá impugná-los especificamente no órgão judicial competente, sob pena de apreciação da matéria per saltum.”

No caso, os fundamentos da prisão preventiva estão assim redigidos:

“(…)

O artigo 282 do Código de Processo Penal impõe a aplicação de medidas cautelares, como regra, excepcionando a sua incidência em crimes certos ou hipóteses igualmente previstas (...).

Visa a nova modificação processual, para atingir aos seus objetivos, a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (artigo 282, I e II do Código de Processo Penal).

Nestes autos, o indiciado está sendo acusado da prática de tráfico de drogas, crime equiparado ao hediondo. Foi preso em flagrante delito e não se olvida que a gravidade da infração é motivação bastante para a manutenção da sua prisão.

De acordo com a doutrina, a garantia da ordem pública:

“deve ser visualizada, fundamentalmente, pelo binômio gravidade da infração + repercussão social. Nessa ótica: TJES, HC 10004003210, 2ª C. Rel. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 05.5.2004 vu, DJ 21.5.2004.” (Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal comentado, 9ª ed. RT, pág. 626).

Deve-se, também, visar a garantia da eficaz aplicação da lei penal, aqui considerada a possibilidade palpável de o Estado impor sanção mercê da prática comprovada de ilícito penal.

As novas disposições processuais introduzidas no Código de Processo Penal, agora expressamente, prevêm a gravidade da infração como fundamento suficiente para o decreto da prisão preventiva, o que faz quando pondera sobre a conveniência da aplicação de medidas cautelares (artigo 282, II do Código de Processo Penal. E inclui, também expressamente, o crime de tráfico de drogas como suficiente para excluir a concessão de fiança (artigo 323, II do Código de Processo Penal).

A jurisprudência do Supremo Tribunal já considerava a gravidade da infração como razão bastante para a prisão preventiva:

(...)

A mera primariedade e endereço certo não bastam para a concessão de benesse processual (liberdade provisória, com ou sem fiança – art. 310, III e 321, ambos do Código de Processo Penal), ausente qualquer elemento determinante do relaxamento da prisão em flagrante (artigo 310, I do Código de Processo Penal).

(...)

Pelo exposto e em estrito cumprimento às novas regras processuais vigentes, acolho o requerimento do Ministério Público do Estado de São Paulo e converto a prisão em flagrante de GERALDO ANTONIO BAPTISTA, vulgo GERALDINHO RASTAFÁRI em prisão preventiva, o que faço com fundamento no artigo 312, c.c. artigo 313, I, ambos do Código de Processo Penal.

(...)."

Por sua vez, a sentença condenatória manteve a referida medida sem acrescer nova fundamentação, pelo que a impetração não se encontra prejudicada. Confira-se:

"(...)

O réu não poderá apelar em liberdade.

O delito de tráfico de entorpecentes é considerado como crime hediondo nos termos da Lei 8072/90. A gravidade do delito não autoriza a concessão do benefício. O entendimento jurisprudencial não é diverso:

(...)

O fomento que esse tipo de delito traz à prática de outros tipos de delito exigem a manutenção do réu no cárcere, para a garantia da ordem pública.

Segundo O ilustre penalista Damásio Evangelista de Jesus:

'Segundo o entendimento pacífico do STF, em disposição é inaplicável a réu preso em razão de flagrante ou preventiva, uma vez que e/a visa apenas abrandar o princípio da necessidade de e/e recolher-se à prisão para apelar (RHC 54.430, DJU 26.11.76, p. 10203). Assim, réu que por ocasião de sentença condenatória se encontrava preso em razão de flagrante ou preventiva, embora primário e de bons antecedentes, não pode apelar em liberdade (RHC 55.109, DJU 27.5. 77 p. 3459, RHC 56.953, DJU 27.4.79, p. 3381; RHC 58.286, DJU 3.10.80, p. 7735). Sobre o assunto, decidiu o TJSP que 'Lei n. 5.941, de 1973, é de interpretação restrita. Não nulificou a prisão em flagrante delito, cuja permanência no sistema processual vigente vai até a sentença. Se esta for absolutória, o réu será posto em liberdade. Se for condenatória, aquela permanência se prolonga, porque

um dos seus efeitos (art. 393, I) é ser o condenado conservado na prisão. Se for de pronúncia, só então o magistrado deverá reexaminar a Custódia provisória, para revogá-la caso satisfaça o agente os requisitos legais', (RT- 500/318). No mesmo sentido.' RT 531/295 e RTJ 88/69, RHC 57. 947 DJU 13.6.80, p. 4461, e RHC 58.053, DJU 12.8.80, p. 5786. E se a acusação apela visando à agravação da reprimenda, o réu permanece detido, ainda que já tenha cumprido o quantum da pena imposta na sentença condenatória (Código de Processo Penal Anotado - Direito Informatizado Saraiva - 1ª Edição em CD-ROM - 1995).

Não é diverso o entendimento da jurisprudência:

'Tratando-se de paciente preso em flagrante que permaneceu recolhido durante o curso do processo, ainda que seja primário e tenha bons antecedentes não tem direito de apelar em liberdade pois um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão (Superior Tribunal de Justiça - RHC nº 3.473-4 - 5ª Turma, Rei. Min. Jesus Costa Lima, j. 23.3.94)

O pleito deve ser concedido.

Se não mais subsiste a prisão preventiva obrigatória, não se pode cogitar de categorias de crimes que seriam essencialmente mais graves que outros e, portanto, passíveis da medida. O que a autoriza é a conduta concretamente realizada e as circunstâncias que a envolvem. De outro giro, tampouco há que se cogitar de um modelo abstrato de periculosidade ou de determinadas categorias de pessoas predispostas ao crime, tal como pretendia Lombroso. Também aqui a periculosidade há de ser vista a partir da conduta do agente e de sua história de vida.

No caso, a decisão que decretou a prisão cautelar limita-se a tecer considerações sobre o potencial danoso do tráfico de entorpecentes. Não cuidou, assim, de apontar, minimamente, conduta do recorrente que pudesse colocar em risco a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal.

E a gravidade abstrata do delito não serve de mote à preventiva, conforme pacífica jurisprudência. A propósito:

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI DE DROGA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. PRECEDENTES. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. INVIABILIDADE DE REFORÇO DA FUNDAMENTAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 104.339/SP (Min. GILMAR MENDES, DJe de 06.12.2012), em evolução jurisprudencial, declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006. Entendeu-se que (a) a mera inafiançabilidade do delito (CF, art. 5º, XLIII) não impede a concessão da liberdade provisória; (b) sua vedação apriorística é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem assim com o mandamento constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão. 2. A gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não constitui fundamento idôneo para a decretação da custódia cautelar. Precedentes. 3. Não cabe às instâncias superiores, em sede de habeas corpus, adicionar novos fundamentos à decisão de primeiro grau, visando a suprir eventual vício de fundamentação. Precedentes. 4. Ordem concedida. (HC 113945, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 11-11-2013 PUBLIC 12-11-2013)

Assim, o parecer é pelo provimento do recurso.

Brasília, 19 de janeiro de 2014.

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira  
Subprocuradora-Geral da República