



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.431 - MG (2011/0073250-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : ADRIANO JOSE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ADRIANO JOSE DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : THIAGO CUSTÓDIO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE DELITO E QUE ASSIM PERMANECEU DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL DIANTE DA PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Permanecendo o paciente segregado durante toda a instrução criminal por força de prisão em flagrante, tendo o Juízo de Primeiro Grau e o Tribunal *a quo* entendido por sua manutenção no cárcere, ante a persistência dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, não deve ser revogada a custódia cautelar se, após a condenação, não houve alteração fática a ponto de autorizar a devolução do seu *status libertatis*.

2. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de apelar em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a preservação do paciente na prisão, a exemplo da garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade concreta do agente.

3. Na hipótese, destacou-se a expressiva quantidade de droga apreendida - **2.344 g (dois mil, trezentos e quarenta e quatro gramas) de maconha** - acondicionadas em 6 tabletes, no interior da residência do sentenciado.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECLAMO NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da questão referente à possibilidade de substituição da pena, tendo em vista que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal impetrado, tornando-se descabido conhecer-se do reclamo nesse ponto, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.431 - MG (2011/0073250-6)

IMPETRANTE : ADRIANO JOSE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ADRIANO JOSE DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : THIAGO CUSTÓDIO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO CUSTÓDIO DE SOUZA, condenado à pena de 2 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e § 2º, da Lei n.º 11.343/2006, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que denegou o *Writ* n.º 0688464-65.2010.8.13.0000, mantendo a vedação do apelo em liberdade.

Sustenta o impetrante que o apenado é alvo de constrangimento ilegal ante a ausência de fundamentação idônea para que lhe fosse retirado o direito de solto aguardar o processamento de eventual recurso, tendo sido mantida sua segregação com base na gravidade e na censurabilidade do delito, bem como na vedação prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, ressaltando que o referido dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo STF.

Observa, ainda, que não haveria justa causa para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo em vista que se trata de réu primário, não reincidente, o delito não foi cometido com violência ou ameaça, além do baixo potencial nocivo da maconha.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, deferindo-se ao paciente o direito aguardar em liberdade o julgamento da ação penal deflagrada em seu desfavor, com a expedição do competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 57-69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.431 - MG (2011/0073250-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (RELATOR): Busca-se no presente *writ* a concessão da ordem constitucional para que seja reconhecido o direito de o sentenciado aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante em 6-6-2010 e denunciado como incurso nas sanções previstas no art. 33, *caput*, e § 2º, da Lei n.º 11.343/06, c/c art 65, III, "d", do Código Penal, porque, segundo a incoativa transcrita na sentença:

*"...No dia 06 de junho de 2010, por volta das 16:00h, na Rua Monsenhor Bicalho, nº 983, Bairro Eldorado, nesta cidade, o denunciado mantinha guardada **06 (seis) barras prensadas de substância entorpecente**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

*Segundo restou apurado no incluso Inquérito Policial, Policiais Militares diante de informações passadas por um indivíduo que **o denunciado seria traficante de drogas**, esses foram até a residência do denunciado para verificar tal informação.*

Em diligências na residência do denunciado, foi encontrada debaixo da gaveta do guarda-roupa a referida quantidade de substância entorpecente.

Com o denunciado, ainda, foi localizada a quantia de R\$ 32,00 (trinta e dois reais), em dinheiro, 01 (uma) moeda de origem paraguaia no valor de 5000 guaranies, 02 (dois) aparelhos celulares, todos, sem origem lícita conhecia, bem como uma caderno contendo diversas anotações.

*Segundo o laudo de constatação preliminar às fls. 22, comportou-se a referida substância como sendo **'Maconha'**, pesando, in totum, **2.344 g (dois mil trezentos e quarenta e quatro gramas)**, sendo que, na ocasião, as substâncias se encontravam devidamente preparadas para serem comercializadas ...". (e-STJ fl. 8/9)*

Regularmente processado, o acusado foi condenado à pena de **2 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**, em regime inicial fechado, além de 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do delito previsto no **art.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, caput, e § 2º, da Lei n.º 11.343/2006, c/c art 65, III, "d", do Código Penal, tendo-lhe sido negado o direito de recorrer em liberdade, consoante se observa do seguinte excerto do édito condenatório proferido pelo magistrado da 3ª Vara Criminal da comarca de Contagem/MG, *in verbis*:

NEGO ao acusado o direito de recorrer em liberdade, a uma, porque respondeu ao processo, a duas, porque o artigo 44, caput, da Lei de Tóxico veda a concessão de liberdade provisória ao caso em exame. (e-STJ fl. 17)

Irresignada, a defesa impetrou remédio constitucional perante o Tribunal de origem, o qual, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou-lhe a ordem, em aresto assim motivado:

Conquanto a circunstância de haver o réu permanecido preso durante toda a instrução processual não autorize, por si só, a manutenção do acusado em cárcere, as circunstâncias do caso concreto recomendam a custódia tendo-se em vista os requisitos autorizadores da medida extrema capitulados no art. 312 do CPP.

*Ora, dos elementos coligidos aos autos, bem como das circunstâncias depreendidas do dispositivo sentencial, consta sido o réu surpreendido na **posse de 2.344g (dois mil, trezentos e quarenta e quatro gramas) de maconha, acondicionados separadamente para o comércio**, havendo fortes indícios de autoria e materialidade delitivas.*

Diante de tais circunstâncias, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Contagem, atento à reprovabilidade e à censurabilidade da conduta perpetrada, houve por bem denegar o pedido de liberdade provisória formulado em 1ª instância, mantendo o paciente em cárcere, até julgamento do recurso.

Decerto, no caso vertente, a censurabilidade e a gravidade da conduta justificam o decreto prisional fundado na garantia da ordem pública, inexistindo situação de constrangimento ilegal, porquanto a quantidade e forma de armazenamento da droga apreendida indicam a finalidade mercante da mesma. (e-STJ fl. 21)

Da leitura acurada dos autos, nota-se que ao paciente foi negado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso, por entender presentes os requisitos da tutela cautelar com o fim de preservar a ordem pública, diante da gravidade concreta do fato e da periculosidade do agente.

Destaca-se que, durante toda a instrução criminal, o sentenciado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permaneceu segregado, e tanto o Juízo Singular quanto o Tribunal de Origem acharam adequado assim mantê-lo, sob a motivação, em suma, de que após a condenação não foram demonstrados motivos suficientes à devolução do seu *status libertatis* para aguardar o trânsito em julgado em liberdade, especificando que a custódia se fazia necessária ante a persistência dos requisitos insculpidos naquele dispositivo processual, estando-se, então, diante da excepcionalidade quanto à prisão.

Não se olvida que a hodierna e a moderna jurisprudência vislumbram que o sequestro cautelar - inclusive o decorrente de condenação monocrática apelável - como exceção às regras constitucionais, deve incidir de acordo com o caso concreto e vir fulcrada em elementos que demonstram a sua efetiva necessidade no contexto fático-jurídico apreciado, sendo vedada mediante simples efeito automático, incompatível, pois, com o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, na espécie, mister destacar que a medida extrema foi decretada e mantida na situação específica, justificada como indispensável, em razão da existência do requisito previsto no art. 312 do Código de Processo Penal - garantia da ordem pública, atentando-se para a **periculosidade concreta do paciente que foi detido com considerável quantidade de entorpecente, a saber: 2.344 g (dois mil, trezentos e quarenta e quatro gramas) de maconha, situação que demonstra estar fortemente direcionado ao tráfico de drogas**, como bem destacou o Tribunal de Origem, ao dispor que: **"[...] a quantidade e forma de armazenamento da droga apreendida indicam a finalidade mercante da mesma"** (e-STJ fl. 21).

Assim, enquanto perdurar a hipótese fática elencada no mencionado dispositivo processual, que autoriza o encarceramento cautelar, não obstante a revogação do previsto no art. 594 daquele Estatuto e a nova redação dada ao art. 387 da Legislação Processual, não pode o paciente que respondeu custodiado ao processo alegar que teve tolhido o seu direito de ir e vir em função de sentença condenatória sem fundamentação.

Acerca do assunto, oportuna a lição exposta por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o qual salienta que *"vislumbrando, na ocasião da prolação da sentença condenatória que a prisão cautelar é medida necessária, fundada nos mesmos motivos do art. 312, pode-se impedir que recorra em liberdade"* (Código de processo penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 692).

Destarte, demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a presença do *periculum libertatis*, justificada está a continuidade da custódia imposta ao paciente, como orienta esta Corte Superior, da qual são exemplos os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. QUESTÃO SUPERADA. APELO EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Com a prolação de sentença condenatória, fica superada a alegação de excesso de prazo na instrução criminal. Aplicação da Súmula n.º 52 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes 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. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ademais, constata-se que a decisão que indeferiu o benefício da liberdade provisória, além de fundamentar com a vedação contida no art. 44 da Lei de Entorpecentes, apresentou razões bastantes para, isoladamente, justificar a manutenção da prisão cautelar da Paciente.

4. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08.) 5. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte restante, denegada a ordem. (HC 163.366/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 06/04/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. O direito de apelar em liberdade da sentença condenatória não se aplica ao réu preso, desde o início da instrução criminal, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrência de prisão em flagrante ou de prisão preventiva. Precedentes.

II. Não se vislumbra constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar depois que foi proferida condenação pendente de recurso, pois já afastada, ainda que não definitivo, a presunção de inocência do acusado.

III. Exatamente neste sentido andou a Reforma Processual Penal de 2008, que manteve em vigor o art. 393 do CPP, segundo o qual, é efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão.

IV. Ordem denegada.

(HC 173.302/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

Desse modo, devidamente justificada a vedação ao direito de o paciente recorrer em liberdade, não se verifica a apontada ilegalidade, a demandar qualquer providência na via eleita.

Por fim, no que se refere a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que essa questão não foi analisada pelo Tribunal de origem, situação que impede a apreciação dessa matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

A propósito, confira-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DIREITO DE AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA. PEDIDO PREJUDICADO. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E REGIME INICIAL ABERTO. TESES NÃO SUSCITADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTES INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. O pedido de aguardar o julgamento em liberdade fica prejudicado com o trânsito em julgado da ação penal.

2. O Superior Tribunal de Justiça não pode examinar as teses de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de modificação do regime inicial se não foram submetidas a exame das instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância.

3. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate perante as instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferiores.

4. A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada ao fato de que, conforme estabelecido no acórdão condenatório, são os pacientes pertencentes a organização criminosa, afastam a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

5. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 131.285/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011)

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, **denega-se a ordem**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0073250-6

HC 202.431 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000100688464 6884646520108130000 79100338999

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANO JOSE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ADRIANO JOSE DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : THIAGO CUSTÓDIO DE SOUZA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.