



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.302 - ES (2010/0186590-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : STEFANNY DO NASCIMENTO GONÇALVES DEL PIERO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JACKSON DA SILVA FAGUNDES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO DO APELO EM LIBERDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRIÇÃO MANTIDA A BEM DA ORDEM PÚBLICA. ACUSADO QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRESENÇA DO *PERICULUM LIBERTATIS*. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O paciente, após ser preso em flagrante e responder custodiado à ação penal em que se viu condenado à pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 373 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, teve negado o direito de apelar em liberdade, diante da gravidade concreta dos fatos praticados, sobretudo em razão da grande quantidade de droga apreendida - 109 pedras de 'crack, substância da mais alta nocividade -, havendo tanto o juízo unitário quanto o Tribunal de origem indicado expressamente a necessidade da medida à luz do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Não se pode falar em constrangimento ilegal decorrente da constrição processual do réu, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, quando se mostra indispensável ao acautelamento do meio social, que se viu abalado com a prática delitiva por ele cometida.

3. Considerando-se que o paciente foi autuada em flagrante no cometimento do delito de tráfico de entorpecentes, na vigência da Lei n. 11.343/2006, não caracteriza constrangimento ilegal a vedação imposta na sentença condenatória, notadamente em atenção ao disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura do clausurado nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal).

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 17 de março de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.302 - ES (2010/0186590-4)

IMPETRANTE : STEFANNY DO NASCIMENTO GONÇALVES DEL PIERO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JACKSON DA SILVA FAGUNDES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Stefanny do Nascimento Gonçalves Del Piero em favor de JACKSON DA SILVA FAGUNDES, preso em flagrante em 16.6.2009 e condenado à pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 373 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, julgando o HC n. 100100018777, denegou a ordem, mantendo a vedação do apelo em liberdade.

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE. ART. 312 DO CPP - MANUTENÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS, ART 33 DA LAI Nº 11.343/2006 - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA - DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1) *Presentes os requisitos para a manutenção da custódia cautelar da paciente, quais sejam, aqueles previstos no art 312, do Código de Processo Penal, Não há que se falar em constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem.*

2) *O art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a liberdade provisória para acusados de crime de tráfico de drogas, o que por si só já poderia servir como fundamento para a manutenção da prisão cautelar do paciente.*

3) *Ordem denegada. (fl. 28 - grifo no original)*

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ante a ausência de idôneos fundamentos para que lhe fosse retirado o direito de solto aguardar o processamento de eventual recurso, ressaltando tratar de réu primário, que possui ocupação lícita, bons antecedentes e residência fixa, predicados que lhe permitiriam recorrer em liberdade.

Pugna, nesse contexto, pela concessão sumária da ordem, para que o paciente possa apelar em liberdade, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em seu favor, com a confirmação da medida quando do julgamento definitivo do remédio constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Indeferida a liminar (fls. 39/40), foram solicitadas informações ao Tribunal indicado como coator, que as prestou as fls. 52, acompanhadas de cópias das peças processuais que entendeu pertinentes ao feito.

Instado, o Ministério Público Federal opinou pela denegação do *writ* (fls. 107-118).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.302 - ES (2010/0186590-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (RELATOR):

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 16.6.2009 e denunciado como incurso nas sanções do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto, como narra a denúncia:

Noticiam os autos do inquérito policial em anexo, que no dia 16/06/2009, por volta das 09:30, policiais militares realizavam patrulhamento preventivo no Bairro São Geraldo, neste município, quando avistaram um indivíduo, identificado como o denunciado JACKSON, que, ao perceber a presença da guarnição policial, tentou empreender fuga, mas foi abordado, momento em que os policiais perceberam que o denunciado deixou cair, próxima ao seu corpo, uma sacola plástica contendo 109 (cento e nove) 'pedras de CRACK', sendo apreendido ainda com o mesmo a quantia de R\$ 200,00 (vinte reais), um celular e uma CNH e CRLV de uma motocicleta, em nome do denunciado.

Consta que, o denunciado assumiu a propriedade da droga, revelando que cada 'pedra' seria vendida pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais?) e que havia adquirido os entorpecentes de uma pessoa conhecida como "Cabeça", que por sua vez, estaria ligado a um sujeito conhecido como "Magrão", morador da Ilha do Príncipe, Vitória-ES.

A materialidade do crime está estampada no auto de apreensão e constatação, de fls. 10 e 11. (fls. 9).

Regularmente processado, tendo permanecido enclausurado durante toda a instrução, restou condenado à pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 373 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade.

Inconformada, a defesa impetrou remédio constitucional perante o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cuja Segunda Câmara Criminal houve por bem denegar a ordem, confirmando a necessidade da custódia processual, pois "às fls. 41, cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, e à meu sentir esta não carece de fundamentação, está embasada no art. 312 do CPP, e se atende à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regra constitucional disposta no art. 93, IX" (fl. 31).

Ressalta, ainda, o colegiado que "o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 veda a liberdade provisória para acusados de crime de tráfico de drogas, o que por si só já poderia servir como fundamento para a manutenção da prisão cautelar do paciente" (fl. 32)

A prisão provisória, não obstante implique sacrifício à liberdade individual, é ditada por interesse social, impondo-se sua manutenção sempre que suficientemente demonstrada, por decisão fundamentada, diante da presença de qualquer das hipóteses inscritas no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, por garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, quando comprovados a existência do crime e indício suficiente de autoria.

No caso em exame, presente se encontra um dos requisitos do citado dispositivo da lei processual: perfeitamente indicado no decisório unitário, confere-se que, solto o agente, que permaneceu custodiado durante toda a instrução, em perigo estará um dos pressupostos que a medida visa preservar: a ordem pública.

Isto porque o tráfico de entorpecentes é um dos mais nocivos crimes, não só por se prevalecer da destruição física e moral dos dependentes e usuários das substâncias tóxicas comercializadas, mas também por se infiltrar nos demais ramos da criminalidade, promovendo e financiando empreitadas ilícitas que, inquestionavelmente, multiplicam o abalo provocado no meio social.

Não se pode falar, assim, em ausência de idôneos fundamentos para a vedação do apelo em liberdade, pois patente a gravidade da conduta no caso concreto - sobretudo em razão da grande quantidade de droga apreendida (109 pedras de 'crack', substância da mais alta nocividade) -, malgrado não se possa adentrar em matéria probatória, configurando, no entanto, hipótese de prisão cautelar, veja-se:

"Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuatamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional." (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 803).

Vale lembrar ainda a existência da vedação imposta no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proíbe a concessão do benefício da liberdade provisória ao flagrado no cometimento, em tese, do crime de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da novel legislação especial, fundamento que, por si só, segundo orientação desta colenda Turma, justifica o indeferimento da soltura pretendida, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações.

Confira-se, nesse sentido, entre muitos, os seguintes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DAS RAZÕES RECURSAIS. IRRELEVÂNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

"1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que 'a ausência das razões recursais no recurso ordinário não obsta o conhecimento da irresignação' (RHC 18.906/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 9/10/06).

"2. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes constitui crime inafiançável.

"3. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança.

"4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória (HC 76.779/MT, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 27/6/07, ainda não publicado).

"5. A Lei 11.343/06, expressamente, fez constar que o delito de tráfico de drogas é insuscetível de liberdade provisória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"6. *Recurso ordinário improvido*" (RHC n. 23.185/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. em 3-4-2008).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. EXCESSO DE PRAZO. ALEGAÇÕES FINAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 52, DESTA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

"1. A vedação contida no art. 2.º, inc. II, da Lei n.º 8.072/90, sobre a negativa de concessão de fiança e de liberdade provisória aos acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, não contraria a ordem constitucional, pelo contrário, deriva do próprio texto constitucional (art. 5.º, inc. XLIII), que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

"2. A negativa do benefício da liberdade provisória encontra amparo, também, no art. 5.º, inc. LXVI, da Constituição Federal, que somente assegurou aos presos em flagrante delito a indigitada benesse quando a lei ordinária a admitir ou por decisão fundamentada do magistrado condutor do processo (art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 8.072/90).

"3. Revendo a posição anteriormente assumida, comungo, agora, do posicionamento de que a vedação contida na Lei n.º 8.072/90 é, por si só, motivo suficiente para negar ao preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado - no caso o tráfico ilícito de entorpecentes - o benefício da liberdade provisória.

"4. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

"5. Encontrando-se a ação penal instaurada em desfavor do paciente na fase de alegações finais, considera-se encerrada a instrução criminal e superado o alegado excesso de prazo, nos termos da Súmula n.º 52, desta Corte Superior.

"6. Ordem denegada" (HC n. 56.057/SP, rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 13-2-2007 - negitamos).

Aliás, sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

"HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: QUESTÃO NÃO-PREJUDICADA. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

"1. A superveniência da sentença condenatória - novo título da prisão - não prejudica, nas circunstâncias do caso, a análise do pedido de liberdade provisória.

"2. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 deste 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.

"3. 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.

"4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

"5. Licitude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória.

"Ordem denegada" (HC n. 93.229/SP, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, j. em 1-4-2008 - grifamos).

No mesmo norte, também da Suprema Corte:

"HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO OU A ELE EQUIPARADO. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS). SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/2007. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

"1. Se o crime é inafiançável, e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a 'fiança e a liberdade provisória', de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo legislador ordinário (Lei nº 11.464/2007), ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança.

"2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que 'a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: ...seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança... (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Precedente: HC 93.302, da relatoria da ministra Cármen Lúcia.

"3. Ordem denegada" (HC n. 92.469/SP, rel. Min. CARLOS BRITO, j. em 29-4-2008 - o grifo é nosso).

Assim, tendo o delito em espécie sido cometido na vigência da Lei n. 11.343/06, aplica-se o entendimento consolidado pela Suprema Corte de que *"em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes existe expressa vedação legal à concessão do benefício (art. 44 da Lei n. 11.343/06), o que é suficiente para negar ao Recorrente o direito à liberdade provisória"* (RHC n. 19.383/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 28-11-2007), mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Diante do exposto, denegando-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0186590-4

HC 187.302 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100100018777 48090130682

EM MESA

JULGADO: 17/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : STEFANNY DO NASCIMENTO GONÇALVES DEL PIERO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JACKSON DA SILVA FAGUNDES (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, denegou a ordem."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.