



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 130.104 - SP (2009/0036970-8)**

RELATOR : **MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : MARCUS WILLIAM BERGAMIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO LUIZ FEDERIGHI FUZEL (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APELAR EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Se, com amparo em decisão devidamente fundamentada, o acusado permanece preso cautelarmente durante toda a instrução criminal, e se não ocorre nenhum fato capaz de modificar essa situação, é incoerente se conceder ao réu o direito de apelar em liberdade.

2. Na espécie, não há constrangimento ilegal decorrente da proibição de se apelar em liberdade, fundamentada que está a sentença na necessidade de garantia da ordem pública. Para tanto, considerou-se ser o paciente reincidente exatamente no crime de tráfico, preenchidos, assim, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para a imposição da medida extrema. Ademais, desde o decreto da preventiva, destacou-se a grande quantidade de droga apreendida (2,245 kg de *crack*) a evidenciar a real periculosidade social do paciente.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.104 - SP (2009/0036970-8)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MARCUS WILLIAM BERGAMIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO LUIZ FEDERIGHI FUZEL (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Na origem, sob a alegação de excesso de prazo para o fim da instrução criminal, HELENA MARIA FEDERIGHI impetrou *habeas corpus* em favor da ALESSANDRO LUIZ FEDERIGHI FUZEL – preso desde 10/7/2007 e denunciado por incurso nos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

A Décima Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 28/8/2008, denegou a ordem nos autos do HC n. 990.08.001064-6.

Em 16/9/2009, sobreveio sentença condenando o paciente por tráfico de drogas, às penas de sete anos de reclusão em regime, inicialmente, fechado e setecentos dias multa.

Daí, MARCUS WILLIAM BERGAMIN, em 5/3/2009, ajuizou esta impetração, pugnando pelo direito de o paciente recorrer em liberdade. Para tanto, sustentou o seguinte (fls. 7/: (I) "o direito de se apelar em liberdade em casos de crime de tráfico de entorpecentes não é impossível como geralmente se entende em 1ª instância"; (II) "a sentença que nega o direito deve ser, assim como qualquer outra, fundamentada em motivos concretos, e não apenas na gravidade genérica do delito, como ocorre no caso em tela"; e (III) deve prevalecer "o princípio constitucional da presunção de inocência".

A liminar foi por mim indeferida (fls. 833/834). Com a juntada das informações e dos documentos pertinentes (fls. 839/888), o feito seguiu para o Ministério Público Federal. Eis, no que interessa, a opinião do parecerista (Subprocurador-Geral da República Edinaldo de Holanda Borges) (fls. 891):

... a ordem não merece conhecimento. A condenação do paciente e o consequente indeferimento de seu recurso em liberdade, ocorridos em 16.09.2008, são supervenientes ao exame da ordem originária, datado de 28.08.2009.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, à evidência, o Tribunal *a quo* ainda não se manifestou a respeito do suposto direito de o paciente aguardar o julgamento de seu apelo em liberdade, porquanto a custódia provisória está agora fundada em novo título judicial (sentença condenatória recorrível) e não no édito construtivo examinado por aquela Corte, tampouco se vislumbra flagrante ilegalidade que justifique eventual concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, o conhecimento do atual pleito implicaria em indevida supressão de instância, na medida em que o art. 105 da Carta Magna não prevê competência do Superior Tribunal de Justiça para conhecer, originariamente, de *habeas corpus* impetrado contra decisão de juízo criminal de primeira instância.

Por fim, *ad argumentandum*, a restrição prisional está concretamente fundada na necessidade de garantir a ordem pública, conforme demonstra a decisão de fls. 862/874, visto tratar-se de réu reincidente específico na prática do crime de tráfico de drogas, que permaneceu preso durante toda a instrução criminal.

Ante o exposto, para evitar supressão de grau jurisdicional, o parecer é pelo não conhecimento e, não mérito, se alcançado, pela denegação da ordem.

Em seguida, o impetrante fez chegar aos autos outro acórdão proferido pelo Tribunal paulista (HC n. 990.09.104521-7), agora, cuidando do tema aqui suscitado. Diante disso, foi dada nova vista dos autos ao Ministério Público, que assim se manifestou (fls. 910/911):

A fim de evitar tautologia, adota-se o relatório do parecer de fls. 890/891.

Em razão do julgamento da impetração originária pela Corte *a quo*, retornam os autos a este *Parquet* para manifestar quanto ao pleito de reconhecimento do direito de o paciente recorrer em liberdade.

A análise revela a improcedência do pedido. O acórdão hostilizado encontra-se devidamente fundamentado e merece prosperar por seus próprios fundamentos.

De fato, os motivos apontados pela Corte *a quo* subsistem e impedem que o paciente aguarde o julgamento do recurso em liberdade. A decisão guarda conformidade com a regra do art. 59 da Lei nº 11.343/06, porquanto trata-se de réu reincidente específico na prática do crime de tráfico de drogas, fazendo da atividade criminosa o seu meio de vida.

A necessidade de garantir a ordem pública projeta-se, também, na exigência de separação imediata do paciente do convívio social, para que não seja possível a continuidade da prática violenta do delito.

Não se pode olvidar, outrossim, que a decisão combatida conforma-se com o entendimento do Pretório Excelso, no sentido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que “há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei 11.343/06)” (HC 95.685/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 06.03.2009).

Ante o exposto, o alvitre é pelo indeferimento da ordem.

Conforme informações prestadas por telefone referentes à Execução n. 589224, o paciente permanece preso, cumprindo, ainda em regime fechado, a pena, unificada, prevista para terminar em 24/9/2024.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.104 - SP (2009/0036970-8)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MARCUS WILLIAM BERGAMIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO LUIZ FEDERIGHI FUZEL (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (RELATOR): No meu modo de entender, não há óbice nenhum para a análise do pedido feito pelo impetrante, porquanto, mesmo que tenha sido ajuizado o *writ* contra outro acórdão, em tempo oportuno, foi juntado aos autos aquele que cuidou da questão de fundo. Podemos, assim, dar celeridade às coisas.

Da sentença condenatória colho estes trechos (fls. 729/732):

Em relação ao réu Alessandro Luiz Federighi Fuzel:

O réu é reincidente em crimes de tráfico de entorpecentes, como se nota a fls. 489. No entanto, tal circunstância será levada em consideração na próxima etapa da fixação da pena, para que não ocorra um *bis in idem*. Outrossim, a grande quantidade de droga encontrada [2,245kg de crack] e as consequências disso, como já dito, afetam a saúde pública de forma considerável. Sendo assim, com fundamento no artigo 42 da Lei 11.343/06, fixo a pena base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Pelo fato da reincidência do réu, conforme acima mencionado, aumento a pena em 1/6 (um sexto), chegando-se a 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Não se aplica ao réu a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º da Lei 11343/06, tendo em vista o mesmo ser reincidente e justamente em crime de tráfico de entorpecente.

Assim sendo, torno a pena definitiva, não havendo outras causas de modificação.

As penas para os três réus deverão ser cumpridas inicialmente em REGIME FECHADO, considerando o disposto no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90.

Por outro lado, nego aos réus o direito de apelar em liberdade, no intuito de se acautelar o meio social e evitar a prática de condutas semelhantes, destacando-se a gravidade do delito, tratando-se de crime equiparado a hediondo.

Além do mais, os réus acompanharam presos a instrução, e, nessa condição, devem permanecer até o julgamento definitivo. sobre a questão, confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação penal, condenando as rés ANDREIA TAURISANO DE RESENDE E SAMARA TOMAZ NUNES à pena de 5 (cinco) anos de reclusão no regime inicial fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, e condenando o réu ALESSANDRO LUIZ FEDERIGHI FUZEL à pena de 7 (sete) anos de reclusão no regime inicial fechado e 700 (setecentos) dias-multa, com o valor do dia multa em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo, como incursos nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e absolvendo os três réus da imputação do crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Lancem-se os nomes dos réus no rol dos culpados, oportunamente.

Recomendem-se os réus nas prisões em que se encontrem.

Quando do julgamento do HC n. 990.09.104521-7, o Tribunal local disse o seguinte (fls. 699/700):

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, perfeitamente cognoscível, é de ser denegada.

E o conhecimento da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer constrangimento ilegal por lhe ter sido denegado direito de recorrer em liberdade, com fundamento na gravidade abstrata do delito, a afetar, em tese, sua liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

O paciente foi processado e condenado à pena de 07 anos de reclusão e ao pagamento de 700 dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, tendo o MM. Juiz *a quo*, ao denegar-lhe o direito de apelar em liberdade, levado em conta a gravidade do delito, a necessidade de acautelar o meio social e evitar a prática de condutas semelhantes, bem como o fato de o sentenciado ter permanecido preso durante a instrução.

Infere-se dos autos que as corrés Samara e Andreia foram presas em flagrante, no dia 13 de julho de 2007, por volta das 17:20 horas, na Rua Humaitá, defronte ao terminal rodoviário da cidade e Comarca de Jaú, quando traziam consigo e transportavam cerca de 2,245 (dois quilogramas e duzentos e quarenta e cinco gramas) da droga conhecida como *crack*, tendo a instrução criminal revelado que o entorpecente estava sendo transportado de São Paulo para a cidade de Jaú e tinha como destinatário o paciente, consoante apurado em escuta telefônica.

Ora, não se olvide que a própria inicial noticia que o paciente teve a sua prisão preventiva decretada no limiar da ação penal. Contudo, conquanto alegue que lhe foi denegado o direito de recorrer em liberdade sem menção a fatos concretos que justifiquem a manutenção da custódia cautelar, deixou de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apresentar qualquer elemento apto a demonstrar que a medida restritiva da liberdade era ilegal desde o início ou, se não o era, em que momento se tornou afrontosa ao ordenamento jurídico.

Sim, porque o que se observa, diferentemente do sustentado pelo combativo impetrante, é que o MM. Juiz de primeiro grau, quando da prolação da r. sentença, apresentou fundamentação mais do que suficiente para embasar a deliberação no sentido de negar ao paciente a possibilidade de apelar no gozo do *status libertatis*, máxime por invocar a gravidade do delito que, no caso em apreço, está evidenciada in concreto pela elevada quantidade de droga apreendida, bem como pela necessidade de acautelar o meio social, plenamente justificada, considerando que a instrução revelou ainda ser o sentenciado reincidente, de modo a denotar que faz da atividade criminosa o seu meio de vida e subsistência.

Restou sobremodo claro, portanto, que o MM. Juiz sentenciante, ainda que implicitamente, entendeu que subsistem íntegros os motivos que orientaram o decreto da prisão preventiva e considerou ainda o paciente reincidente, a evidenciar a necessidade de a este ser negado o direito de aguardar o julgamento de sua apelação em liberdade, estando a decisão, nesse aspecto, em perfeita consonância com a regra do artigo 59 da Lei nº 11.343/06 e a norma inscrita no artigo 93, inciso IX, da Carta Constitucional de 1988.

Demais a mais, a conduta do agente envolvido no tráfico ilícito de substância entorpecente se mostra sobremodo grave, máxime em face da grande quantidade de droga apreendida (2,245 dois quilogramas e duzentos e quarenta e cinco gramas de cocaína em forma de *crack*), inequivocamente capaz de atingir elevado número de usuários, com inestimável lesão à saúde pública, como no caso ora imputado ao paciente.

Além disso, essa atividade perniciosa desassossega a população ordeira, gera clamor público e atrai inúmeros jovens, destruindo vidas, sonhos e a família dos incautos, comprometendo sem dúvidas a melhor formação do homem.

Tudo isso evidencia, com sobra de razão, a necessidade de garantir a ordem pública, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, irrelevantes, assim, predicativos como trabalho lícito e residência fixa, alegados e não comprovados.

Aliás, importa considerar que a prisão do paciente, necessária para acautelar o meio social, não constitui qualquer afronta à ordem constitucional, máxime em se considerando que o postulado constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF) coexiste perfeitamente com a prisão em flagrante e a prisão ordenada pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, LXI, CF), que são igualmente contempladas pela mesma Carta Constitucional de 1988.

Não é ocioso enfatizar, nesse aspecto, que a "admissão e aceitação constitucional da prisão cautelar tem por fundamento a imprescindibilidade que tal providência representa. Essa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecida necessidade social é que acaba por explicar a convivência harmoniosa entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência".

Frente a esse contexto, não se verificando o constrangimento ilegal com que acena o ilustre impetrante, exsurge imperiosa a solução consistente na denegação do remédio heróico.

3. Pelo exposto, **denega-se** a ordem de *habeas corpus*.

Em uma das últimas assentadas da Turma, ficou decidido, por unanimidade, que "havendo o paciente permanecido preso cautelarmente durante o processo, com amparo em decisão suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, e não sobrevindo algum fato posterior apto a alterar tal quadro processual, incongruente se torna conferir-lhe o direito de recorrer solto. Por isso, nesse contexto, a fundamentação idônea já fora delineada pelo juiz, por ocasião do indeferimento da liberdade provisória". Para o HC n. 172.426/SP, o Ministro Og Fernandes escreveu a seguinte ementa (DJe de 17/12/2010):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO EM VIRTUDE DE DECISÃO FUNDAMENTADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APELO EM LIBERDADE.

1. Havendo o paciente permanecido preso cautelarmente durante o processo, com amparo em decisão suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, e não sobrevindo algum fato posterior apto a alterar tal quadro processual, incongruente se torna conferir-lhe o direito de recorrer solto. Por isso, nesse contexto, torna-se despicienda a exaustiva repetição, na sentença, da motivação já delineada pelo Juiz na decisão que indeferiu a liberdade provisória.

2. Ademais, a decisão que negou a liberdade no curso do processo esteve devidamente justificada na garantia da ordem pública, evidenciada principalmente pela quantidade de droga apreendida com o paciente que, associado a outro comparsa, trazia, em uma carreta, mais de cento e dois quilos de cocaína, ao que parece provenientes do Estado de Mato Grosso, tudo a indicar a presença de periculosidade social reveladora da necessidade da prisão.

3. "A apelação em liberdade prevista no art. 59 da Lei 11.343/2006 pressupõe a cumulação dos pressupostos da primariedade e da inexistência de antecedentes com o fato de ter o réu respondido em liberdade à ação penal, tanto pela inoccorrência de prisão oriunda de flagrante delito quanto pela inexistência de decreto de prisão preventiva" (HC-AgR 94.521/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 1º/8/08).

4. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste caso, quando da decretação da prisão preventiva do paciente, a Juíza expôs isto (fls. 170 e 170-v):

O auto de exibição e apreensão de fls. 12 e o laudo de fls. 46/48 são prova da materialidade do crime de tráfico.

A interceptação telefônica documentada às fls. 56/71 é indício de autoria quanto ao acusado Alessandro, pois o aponta como destinatário do entorpecente apreendido.

Evidente a necessidade de sua custódia para a garantia da ordem pública, já que os documentos de fls. 72/79 dão conta de inúmeras denúncias da prática de tráfico pelo representado e a quantidade de entorpecente apreendido indica o alcance de sua atuação delitiva.

Pelo que se tem dos autos, não há constrangimento ilegal decorrente da proibição de se apelar em liberdade, fundamentada que está a sentença na necessidade de garantir a ordem pública em razão de o apenado ser reincidente exatamente no crime de tráfico, circunstância que preenche os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para a imposição da medida. Ademais, como dito no decreto da preventiva, a grande quantidade de droga apreendida (2,245 kg de *crack*) evidencia o alcance da atuação delitiva do paciente.

Por essas razões, conheço do *habeas corpus*, mas denego a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0036970-8

HC 130.104 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11814773 13012007 2722007 3020120070093326 990080010646

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS WILLIAM BERGAMIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO LUIZ FEDERIGHI FUZEL (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário