



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.057 - SP (2014/0324282-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOEMAR RODRIGO FREITAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAYTON LUIZ DIVINO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. MEDIDA JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvada a existência de flagrante ilegalidade, a autorizar a possibilidade atuação de ofício.

2. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de recorrer em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a preservação do apenado na prisão.

3. Não há ilegalidade quando a prisão está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, fragilizada em razão da gravidade concreta do delito, bem demonstrada pela quantidade de porções de material tóxico encontrado na ocasião da prisão em flagrante - um total de 86 (oitenta e seis) *eppendorfs* de cocaína e 30 (trinta) pedras de *crack* -, bem como pela natureza altamente nociva de ambas as substâncias apreendidas.

4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.057 - SP (2014/0324282-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOEMAR RODRIGO FREITAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAYTON LUIZ DIVINO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de CLAYTON LUIZ DIVINO, condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, mais multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no HC nº 2149580-85.2014.8.26.0000, mantendo a vedação do recurso em liberdade ao paciente.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teriam sido apresentados elementos idôneos que justificassem o indeferimento do direito de apelar em liberdade na hipótese dos autos, destacando que a medida extrema encontraria fundamento tão somente no fato de o paciente haver respondido preso ao processo, reputando ausentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Destaca que, nos termos do art. 387, § 1º, do CPP, a negativa do recurso em liberdade há de ser fundamentada de forma a reafirmar a necessidade do encarceramento antecipado, providência que afirma não ter sido efetiva, *in casu*.

Assevera que a utilização do grau de reprovabilidade do delito objeto da condenação como argumento para justificar a manutenção do condenado no cárcere para apelar traduziria "*verdadeira antecipação da pena, o que é vedado pelo sistema jurídico*" (fl. 7).

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, a fim de garantir-lhe "*o direito de aguardar em liberdade o julgamento do Recurso Especial*" (fl. 13).

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, e, caso seja conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.057 - SP (2014/0324282-5)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses incorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por este Superior Tribunal de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos infere-se que o paciente foi preso em flagrante no dia 27-5-2014, convertida a custódia em preventiva e restou denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, segundo descrito no édito condenatório:

[...] no dia 27 de maio de 2014, por volta das 16h45, na Rua Guadalajara, defronte ao nº 40, bairro Jardim Cruzeiro do Sul, nesta cidade, policiais militares constataram que o acusado trazia consigo e dispensou em via pública uma embalagem plástica de cor preta com 47 invólucros plásticos do tipo eppendorf e outras 14 porções avulsas e individuais, embaladas também em eppendorf's, todos contendo cocaína, e guardava, na via pública onde foi avistado antes de se evadir, ocultando em um cano de água, 25 eppendorf's contendo cocaína e, por fim, dentro de um tijolo quebrado, junto a um poste também ali existente, 30 porções de cocaína sob a forma de crack, individualmente embaladas em plástico transparente, drogas essas que, reunidas, totalizavam 38,7g de cocaína em pó e 7,4g de cocaína sob a forma de pedras de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (fl. 21)

Encerrada a instrução criminal, verifica-se que foi proferida sentença que condenou o paciente à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei de Drogas, tendo o Juízo sentenciante vedado o seu direito de recorrer em liberdade **considerando remanescentes os motivos que ensejaram a segregação originária** e, ainda, que: "*Como permaneceu preso desde o início, com maior razão deve continuar recolhido agora que está condenado [...]*" (fl. 23).

Irresignada com a manutenção da custódia antecipada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Estadual que, considerando suficiente e fundamentada a decisão singular, denegou a ordem quanto ao ponto, tendo salientado que, nos termos do enunciado sumular nº 9 do STJ: "*a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*" (fl. 19).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem (<http://www.tjsp.jus.br>) colheu-se a informação de que foi interposto recurso de apelação criminal em favor do condenado, o qual encontra-se pendente de julgamento.

No que tange à aventada falta de fundamentação para o indeferimento do recurso em liberdade, cumpre destacar que, segundo entendimento firmado pela jurisprudência deste Tribunal Superior, não há ilegalidade na manutenção da prisão cautelar do sentenciado que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, quando persistem os motivos da segregação, como ocorre *in casu*.

Ora, na hipótese dos autos, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante trazendo consigo e guardando, para fins de tráfico, o total de 61 (sessenta e uma) porções de cocaína, que estavam dentro de uma sacola, 25 (vinte e cinco) porções da mesma substância, guardadas na via pública, especificamente dentro de um cano de água e mais 30 (trinta) porções de “crack” escondidas no interior de um tijolo, tendo permanecido recolhido ao cárcere durante toda a instrução criminal e, proferida a sentença condenatória, negou-se-lhe o direito de recorrer em liberdade, sob o fundamento de que persistiriam os motivos da sua segregação cautelar originária.

De fato, a **natureza altamente danosa da cocaína e do crack, bem como a quantidade de porções destas substâncias** apreendidas em poder do condenado, além das demais circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante, são fatores que, somados, certamente evidenciam que a manutenção da prisão preventiva encontra-se justificada e mostra-se realmente necessária, dada a potencialidade lesiva da infração e a sua efetiva periculosidade social do réu, pois indicativos da habitualidade na referida prática ilícita.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGAS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal (Precedentes).

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade dos ora recorrentes acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade e diversidade de drogas apreendidas (uma porção de "crack", uma de cocaína, uma porção de maconha e uma pequena embalagem transparente contendo dezoito porções de maconha, mais a importância de R\$ 76,00 (setenta e seis reais), em espécie). (Precedentes do STJ e do STF).

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 52.133/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014)

Assim, não há como entender pela existência de coação ilegal a ser reparada, até porque tanto o Juízo Singular quanto o Tribunal a quo entenderam adequado mantê-lo segregado sob a motivação, em suma, de que após a condenação não se vislumbraram razões a justificar que, solto, aguardasse o trânsito em julgado da sentença, entendimento que retrata a jurisprudência consolidada pelos julgados desta Corte Especial.

Com efeito, nas hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda 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, pois mostra-se incongruente manter o acusado preso durante a instrução e, após a sua condenação, quando devidamente reconhecida a sua culpabilidade e preservado o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 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. DETRAÇÃO PENAL PARA FINS DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO ANALISADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos casos em que o acusado permaneceu preso durante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução criminal, a exigência 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. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 45.867/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014 - grifamos)

Ademais, merece destaque o fato de que a vedação do direito de recorrer em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a preservação dos apenados na prisão, não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição.

Assim, presentes os pressupostos e motivos autorizadores para justificar a negativa de recorrer em liberdade, não se vislumbra constrangimento ilegal passível de ser reparado de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, não se conhece do *habeas corpus*, por mostrar-se manifestamente incabível na espécie.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0324282-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.057 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052836720148260566 20140000697272 21495808520148260000 52836720148260566

EM MESA

JULGADO: 05/03/2015

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. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOEMAR RODRIGO FREITAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAYTON LUIZ DIVINO (PRESO)

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.