



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.102 - MS (2016/0037030-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : THAILYSON HERMENEGILDO LEMOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE TÓXICO. APREENSÃO DE APETRECHO UTILIZADO NO PREPARO DO ESTUPEFACIENTE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada.

3. A considerável quantidade da droga apreendida é fator que, somado à apreensão de apetrecho comumente utilizado no preparo do material tóxico, revela a dedicação à narcotraficância, justificando a preservação da preventiva.

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 persistem os motivos para a segregação preventiva.

5. Vedada a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da possibilidade de substituição da medida extrema por cautelares diversas, quando a questão não foi analisada no aresto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

combatido.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.102 - MS (2016/0037030-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : THAILYSON HERMENEGILDO LEMOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de THAILYSON HERMENEGILDO LEMOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* de n. 1415307-77.2015.8.12.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente nos autos da ação penal a que responde pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não haveria fundamentação idônea na decisão que ordenou a prisão cautelar do paciente, porquanto estaria embasada apenas na gravidade abstrata do delito, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Defende que não foram apontados elementos concretos que demonstrassem de que forma o paciente, em liberdade, poderia causar embaraço à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Enfatiza a excepcionalidade da segregação *ante tempus* que, com o advento da Lei nº 12.403/2011, somente deveria ser imposta quando se mostrasse insuficiente a aplicação de medidas alternativas.

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, a fim de que fosse revogada a prisão cautelar do paciente, com a expedição de alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas, noticiando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Juízo Singular que os autos se encontravam no aguardo da realização de audiência de instrução e julgamento, designada para 14-3-2016.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.102 - MS (2016/0037030-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): 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 por este Superior Tribunal de Justiça.

Dos elementos colacionados, infere-se que o paciente foi **preso em flagrante em 26-11-2015**, convertida a prisão em preventiva, e restou denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n 11.343/06, porque mantinha em depósito, 1 (um) tablete e 14 (catorze) porções de maconha, totalizando 800 g (oitocentos gramas).

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

Conforme se apurou nos autos, após receberem uma ligação anônima via celular sobre o comércio de entorpecentes na Rua Paiaguas, próximo ao Bairro Pioneiros, Policiais Militares se deslocaram até o local onde presenciaram uma movimentação suspeita. Ato contínuo, realizaram a abordagem de alguns indivíduos que haviam acabado de sair da residência, sendo encontrado com um deles, uma porção de substância análoga à MACONHA, ocasião em que informou aos milicianos que havia comprado referida droga da pessoa de THAILYSON.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por conseguinte, os Policiais adentraram na residência com suspeitas de tráfico no local e, durante a abordagem, constataram a presença de outros dois indivíduos que consumiam entorpecentes, identificados posteriormente como Agnaldo Souza de Lima Júnior e Jorge Mavcon dos Reis, os quais, indagados, confessaram ter comprado as porções de MACONHA com eles encontradas, da pessoa do denunciado THAILYSON, pagando, cada um, a quantia de R\$ 10,00 (dez reais).

Ainda, durante minuciosa busca na residência, os Policiais encontraram escondidos mais 14 (catorze) porções e 01 (um) tablete de MACONHA, tudo devidamente envolvido e pronto para o comércio.

Em razão desses fatos, o denunciado foi preso em flagrante delito e encaminhado para a Delegacia de Polícia para as providências cabíveis.

Em seu interrogatório extrajudicial (fl. 10), o denunciado THAILYSON confessou a prática do delito de tráfico de drogas, afirmando ter adquirido um quilo de MACONHA no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para posteriormente revender em pequenas quantidades, no valor de R\$ 10,00 (dez reais).

Apreendeu-se, na oportunidade (fl. 26), aparelhos celulares, balança de precisão, além do numerário de R\$ 20,00 (vinte reais), depositados em conta judicial (fl. 30) (e-STJ Fls. 155 e 156)

Verifica-se que o Juízo Singular, durante a realização de audiência de custódia, converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto entendeu a medida necessária principalmente para o fim de restabelecer e preservar a ordem pública, dada a gravidade objetiva da conduta imputada ao acusado, destacando o "fato de o representado não ser iniciante na vida criminosa, constando registro de antecedentes relativos à lei 11.343/06".

Acrescentou que "não há prova de que o autuado exerça atividade lícita, tendo dito que trabalha como servente de pedreiro, mas não possui nenhum registro de antecedentes em carteira de trabalho há aproximadamente dois anos", de tal modo que "a ausência de prova de atividade profissional lícita do autuado acentua a grave probabilidade de reiteração criminosa, haja vista que não possuindo meios para manter sua subsistência, poderá novamente retornar a prática criminosa" (e-STJ Fls. 144).

Por fim, consignou que "as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal se revelam inadequadas e insuficientes à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições dos autuados" (e-STJ Fls. 144).

A Corte de Origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado antes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da prolação da sentença condenatória, denegou a ordem, sob o fundamento de que *"a decisão de primeiro grau está devidamente fundamentada, haja vista a gravidade concreta do delito, cujos elementos são extraídos nos depoimentos dos condutores, de modo que, em sede de cognição sumária, necessária a prisão preventiva"* (e-STJ Fls. 139).

Enfatizou o Órgão Colegiado que *"a segregação se faz necessária, merecendo ser mantida, soterrando eventuais circunstâncias pessoais favoráveis, as quais, diante daquelas postas, não são capazes de afastar a prisão, fundamento este que encontra conforto em abalizada Jurisprudência"* (e-STJ Fls. 140).

De consulta processual realizada na página eletrônica da Corte Estadual, verifica-se que em 15-3-2016, o réu restou condenado ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, ocasião em que lhe foi vedado o direito de apelar em liberdade nos seguintes termos:

Persistem os fundamentos invocados na decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, os quais ficam ratificados e asseveram-se na medida em que o acusado cometeu crime hediondo e respondeu ao processo preso, não fazendo sentido ser colocado em liberdade no momento em que foi condenado a cumprir pena em regime fechado.

Delineado o contexto fático, constate-se que a custódia do paciente encontra-se devidamente justificada com base no art. 312 do CPP, diante da necessidade de acautelamento, especialmente, da ordem e saúde públicas, haja vista as circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos.

Como orienta a doutrina, a prisão preventiva pode ser ordenada *"para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade. [...] A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública", "quando se tutelar, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa"*, deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do crime cometido e da personalidade do agente (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, *Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer*, 4ª ed., São



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paulo: Atlas, 2012).

Ora, no caso em apreço, constata-se que a **considerável quantidade da droga apreendida** - 800 g (oitocentos gramas) de maconha é fator que, somado à **apreensão de apetrecho comumente utilizado no preparo dos estupefacientes** - balança de precisão -, revela dedicação à narcotraficância, mostrando que a manutenção da prisão preventiva encontra-se justificada e é realmente necessária para preservar a ordem pública e, consequentemente, acautelar o meio social.

Patenteada, no caso, a potencialidade lesiva da infração e a periculosidade social do acusado, pois a quantidade de material tóxico encontrado em seu poder seria apta a atingir considerável número de usuários, caso fosse realmente colocada em circulação, sendo ainda indicativa de dedicação ao comércio proscrito e da probabilidade concreta de continuidade no cometimento da referida infração, caso fosse libertado. Ou seja, bem demonstrado o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar.

No tráfico de entorpecentes - crime que, embora não cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, é de perigo abstrato (para alguns doutrinadores, de perigo concreto indeterminado), já que o risco para o bem jurídico protegido é presumido por lei, ou seja, independe de seu resultado concreto sobre a saúde de eventuais usuários - a periculosidade social do agente pode ser aferida pelas circunstâncias em que se deu a ação criminosa, da qual se pode concluir, ainda, se há ou não risco de reiteração delitiva.

Não se trata de presumir a periculosidade do agente, ou mesmo a probabilidade da prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta - essa atitude sim, constantemente desautorizada por este Superior Tribunal de Justiça em seus inúmeros precedentes - mas de avaliar a periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constritiva pelas circunstâncias que cercaram o delito.

Retirar-se essa avaliação do julgador, ou mesmo entender que a descrição da forma como ocorreu o crime seria apenas uma tradução da conduta intrínseca ao tipo penal violado, não se mostra consentâneo com a cautelaridade do instituto da prisão preventiva, como já assinalou o Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva", e que, "Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria" (RHC 106.697, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012).

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. No caso dos autos, foram apreendidos 394,03 gramas de maconha, quantidade que, por si só, justifica o encarceramento cautelar da recorrente, para garantia da ordem pública.

2. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 66.988/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO. SEGREGAÇÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

[...]

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, notadamente a expressiva quantidade de entorpecente apreendido em poder do recorrente (140,98 g de maconha) e a forma em que está acondicionada, circunstâncias aptas a justificar a imposição da medida extrema para garantia da ordem pública, pela gravidade da conduta em tese praticada e por indicarem dedicação à narcotraficância com real risco de reiteração.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 62.071/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

Ademais, verificando-se que agora há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais do réu, julgando-se necessária a manutenção da prisão processual, e constatando-se que permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal e findou condenado à pena corporal a ser cumprida em regime fechado, não se vislumbra ilegalidade a ser sanada por este Superior Tribunal.

Com efeito, como bem decidido pelo Tribunal de origem, 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 perseguição criminal, se persistentes os motivos para a segregação preventiva, como ocorre *in casu*.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. POSTERIOR SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS; GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA; PERICULOSIDADE DO PACIENTE. IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. INVIABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Caso em que o acusado foi preso em flagrante, portando 1 tijolo de maconha com 678g - circunstância que aponta para a gravidade concreta da conduta perpetrada e a periculosidade social do paciente.

3. A gravidade concreta dos fatos é fundamento idôneo para decretação da prisão preventiva (Precedentes).

4. 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. (HC-222.721/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 10/4/2012, DJe de 25/4/2012).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 336.787/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 17/11/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não há como se examinar a alegação de possibilidade de substituição da preventiva por medidas alternativas, já que tal questão não foi objeto de exame pela Corte de origem no acórdão impugnado, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal, dada sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desse Sodalício. Nesse sentido, vide o julgado no RHC 39.713/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014.

Dessa forma, presentes os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal a ser sanado de ofício por este Superior Tribunal de Justiça quanto ao ponto.

Diante de todo o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0037030-0

HC 349.102 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00472818120001 14153077720158120000

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: THAILYSON HERMENEGILDO LEMOS (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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.