



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.446 - ES (2012/0212336-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ATILIO DE ANGELI
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO DO *MANDAMUS*.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, 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 e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do 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 nos 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 deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator 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.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SAÚDE PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico, a embasar a prisão do agente.
3. Aponta-se a imprescindibilidade da prisão para fazer cessar a reiteração criminosa, tendo em vista a existência de várias ações criminais em desfavor do paciente, demonstrando sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.
4. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.446 - ES (2012/0212336-2)

AGRAVANTE : ATILIO DE ANGELI
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática deste Relator (fls. 212 a 215) que indeferiu liminarmente o *writ*, mantendo acórdão do Tribunal impetrado que denegou a ordem no *Writ* n.º 0002347-90.2012.8.08.0000, preservando a custódia cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do delito previsto no delito previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta o agravante que a restrição do uso do *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário não seria entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais superiores.

Ressalta a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, salientando que as instâncias ordinárias não teriam apontado qualquer elemento concreto que justificasse a necessidade da constrição cautelar, seja para a conveniência da instrução criminal, garantia da ordem pública ou aplicação da lei penal.

Afirma que a gravidade abstrata do delito não seria fundamento idôneo para a manutenção do denunciado no cárcere.

Requer, assim, a reconsideração da decisão recorrida ou a submissão da questão ao colegiado, a fim de que seja concedida a ordem postulada para revogar a prisão preventiva do denunciado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.446 - ES (2012/0212336-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Não merece reparos a decisão agravada.

Inicialmente, como afirmado no *decisum* combatido, o pleito não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

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.

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.

Do cotejo dos aludidos dispositivos, percebe-se que o Poder Constituinte Originário, prevendo situações distintas envolvendo a tutela do direito de locomoção, atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competências também diferenciadas, atento à sua peculiar função de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, tratando-se de coação ao direito ambulatorio do indivíduo atribuível a quaisquer das autoridades elencadas nas alíneas "a" e "c" do inciso I do artigo 105, autoriza-se o manejo do *writ* de forma originária perante esta Corte Superior de Justiça. Em se tratando de coação perpetrada por qualquer outra autoridade, deve-se buscar na legislação pátria a competência originária para analisar o pedido de *habeas corpus*, em observância às normas atinentes ao devido processo legal.

Entretanto, nas últimas décadas os operadores do direito têm incluído na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acepção do termo "coação" a manutenção pelos Tribunais locais ou regionais de atos praticados por juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição, ou pelas demais autoridades submetidas às suas jurisdições, quando denegam os *habeas corpus* originariamente ali impetrados.

Institucionalizou-se o entendimento no sentido de que, mantendo a decisão objurgada, os Tribunais locais encampariam o alegado constrangimento ilegal, passando, então, a figurarem como autoridades coatoras. Tal interpretação passou a comportar o chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário cabível, que veio a colocar em desuso a referida insurgência expressamente prevista no ordenamento constitucional.

Esta espécie de *writ* vem sendo utilizado em larga escala, tendo em vista as flagrantes vantagens frente ao recurso ordinário, especialmente pela ausência de maiores formalidades, já que dispensável até mesmo a capacidade postulatória.

Essa prática passou a ser chancelada pelos Tribunais Superiores, principalmente no final da década de 1980 e no decorrer da de 1990, quando a sociedade brasileira se viu ávida pela tutela de direitos que lhe foram tolhidos no período ditatorial.

Nesse diapasão, a Primeira Turma do 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 deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Tal conclusão evidencia que, na hipótese, insurgindo-se o impetrante 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.

Ainda que assim não fosse, não se vislumbra qualquer ameaça ou coação ilegal ao direito de locomoção do paciente passível de ser remediado mediante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus de ofício.

Isso porque não se pode olvidar que o crime de tráfico de entorpecentes, erigido a categoria de delito equiparado ao hediondo, dada a sua natureza, por si só, constitui ofensa a incolumidade pública, pois considerado tipo penal de perigo abstrato, não se exigindo concreta demonstração de seu poder de lesão à ordem pública ou à sociedade, a fim de justificar um maior rigor ao tratamento dado pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, para melhor compreensão do tema, cumpre conceituar os crimes de perigo abstrato, assim entendidos os que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Em outros termos, em tais delitos não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente a ação.

A utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa deve-se ao fato de que, na sociedade atual, cada vez mais surgem atividades e produtos com alto potencial lesivo, e que possuem intensa capacidade de gerar elevados danos à coletividade.

Diante da magnitude dos prejuízos possíveis, e adiantando-se à ocorrência da lesão, é que são previstos os crimes de perigo abstrato, que constituem uma antecipação da tutela estatal, revelando um caráter preventivo do Direito Penal.

Percebe-se, desse modo, que as condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são aquelas que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Por conseguinte, a presunção de lesão nos crimes de perigo abstrato justifica-se na medida em que novos contextos de risco surgem na esfera social, exigindo uma tutela penal de prevenção, que incide antes mesmo da ocorrência de danos que, se ultimados, trariam resultados ainda mais maléficos para a comunidade.

Em observância a tais postulados, o crime de tráfico de entorpecentes foi tipificado pelo legislador pátrio como sendo de perigo abstrato.

Nesse sentido, confira-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O tráfico de entorpecentes, assim como o porte ilegal de arma de fogo (somente para mencionar um exemplo ilustrativo e comparativo) é um crime de perigo (há uma probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado) abstrato (independe de prova dessa probabilidade de dano, pois presumida pelo legislador na construção do tipo). Não vemos, com a devida vênia, nenhum tipo de obstáculo de natureza técnica ou mesmo atentatória a princípios constitucionais garantistas, como parcela da doutrina insiste em sustentar. Alguns mencionam que a presunção absoluta (*juris et de jure*) não permite ao acusado fazer prova em sentido contrário, vale dizer, que seu comportamento seria inofensivo ao bem jurídico protegido. Assim ocorrendo, haveria ofensa a vários princípios penais, dentre os quais o da responsabilidade pessoal, o da culpabilidade e o da presunção de inocência. Nada disso ocorrerá se o legislador agir dentro dos parâmetros democráticos que dele se espera para a construção de tipos penais de perigo abstrato, baseado em regras de experiência sólidas e estruturadas, apontando para a necessidade de se proibir determinada conduta, pois sua prática envolve o perecimento de bens considerados indispensáveis à vida em sociedade. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 344.)

O referido autor prossegue, aduzindo que:

Portanto, construído um tipo penal de perigo abstrato com razoabilidade, nada há de atentatório ao princípio da responsabilidade pessoal (a pena não passará da pessoa do delinquente), pois será apenado somente o traficante e nenhuma outra pessoa que não seja diretamente responsável como co-autor ou partícipe. Nada existe de violação ao princípio da culpabilidade (não há crime sem dolo ou culpa), pois o traficante age, evidentemente, com dolo de perigo (vontade de colocar em risco o bem jurídico tutelado - a saúde pública - ainda que não o lese efetivamente). Inexiste ofensa ao princípio da presunção de inocência, pois o traficante, para receber a pena merecida, submeter-se-á ao devido processo legal, com ampla defesa e contraditório. É lógico e evidente não poder ele fazer prova de que seu comportamento é inofensivo ao importar, por exemplo, uma grande quantidade de cocaína, colocando-a em depósito para, depois, vender. Essa defesa não lhe cabe, como também não é da alçada do Poder Judiciário avaliar a conveniência ou a inconveniência da liberação do comércio de drogas. Para isso existe o Legislativo, que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

captando os anseios da sociedade, proíbe e autoriza condutas, conforme edita leis. Não se permite que determinados entorpecentes circulem em sociedade porque seus danos, ao longo do tempo, já foram comprovados, não somente por médicos, cientistas, especialistas da área de saúde pública em geral, como também por fatos concretos passados. A saúde pública, bem jurídico imaterial, mas que significa a possibilidade de várias pessoas, em número indefinido, adoecerem e, por fim, morrerem, é atingida quando há tráfico ilícito de drogas. Não se trata, portanto, de delito material, aquele que produz, necessariamente, para consumação, resultado naturalístico. É crime de atividade, na modalidade formal, isto é, pune-se apenas a conduta de vender substância entorpecente, por exemplo. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 344/345.)

É justamente em face da natureza de crime de perigo abstrato que se considera a vulneração da saúde pública nos casos de tráfico de entorpecentes, a fim de justificar a prisão do agente a bem da preservação da ordem pública.

Desta feita, como o delito tráfico de drogas representa a probabilidade de dano à saúde das pessoas, não se exigindo a produção de tal resultado para a sua consumação, não se permite que o acusado faça prova de que seu comportamento é inofensivo ou até mesmo suscitar que seria de rigor o deferimento da liberdade, em função de ausência de fundamentação da ordem de prisão.

Quanto ao ponto, merecem destaque, mais uma vez, as palavras de Nucci, para quem:

(...) as regras de experiência já mostraram não ser conveniente à sociedade a circulação de determinados tipos de drogas, pois geradoras de maiores problemas do que vantagens a quem delas faz uso. Devemos lutar para a extinção das infrações penais irrelevantes, aquelas que o tempo demonstra não serem de gosto da sociedade e que caem no esquecimento. Devemos combater tipos penais ofensivos à intervenção mínima do Direito Penal nos conflitos sociais, pois são representativos de um Estado totalitário. Devemos, enfim, sustentar a inconstitucionalidade de tipos penais de perigo abstrato arbitrários e frutos da intolerância do legislador em relação à liberdade de expressão e da intimidade dos cidadãos, tal como a pretensa vontade de punir a ociosidade ou a mendicância (arts. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais). No mais, devemos aplaudir o legislador, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acerta na construção de tipos penais de perigo abstrato, cujas condutas são realmente arriscadas à integridade das pessoas que vivem em sociedade. É o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 345/346.)

De tudo quanto foi dito, tem-se que o fato de o crime de tráfico de entorpecentes ser de perigo abstrato, além de tutelar o bem imaterial consistente na saúde pública, legitima a necessidade da prisão preventiva para a tutela da ordem pública.

Infere-se, também, dos autos, que a custódia cautelar do acusado encontra-se justificada e mostra-se necessária para evitar a reiteração de novos delitos, tendo em vista a existência de várias ações criminais em desfavor do paciente (fls. 202 a 205).

Nesse vértice:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ACUSADO REINCIDENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR VALIDAMENTE JUSTIFICADA. TESES DE INOCÊNCIA E DE NULIDADE DO FEITO POR VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. PREJUDICADA A ANÁLISE DO PEDIDO LIMINAR.

1. As alegações concernentes à tese de inocência e de nulidade do feito por violação ao devido processo legal não foram apreciadas no habeas corpus originário. Desse modo, os temas não podem ser apreciados originariamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal, 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, DJe de 28/08/2008).

3. No caso, a manutenção da segregação cautelar foi satisfatoriamente justificada para a garantia da ordem pública, em virtude da reincidência do Paciente na prática da traficância, o que demonstra com clareza a perniciosidade da ação ao meio social.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

Prejudicada a análise do pedido liminar. (HC 230.803/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 27/04/2012).

Dessa forma, não há o que se falar em constrangimento ilegal decorrente da manutenção da prisão preventiva do paciente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0212336-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 256.446 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 23479020128080000 44110001946

EM MESA

JULGADO: 26/02/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ATILIO DE ANGELI
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
CORRÉU : MAYARA ALVES MARCHIORI

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ATILIO DE ANGELI
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.