



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 232.881 - SP (2012/0025137-5)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ELIOSMAR TEIXEIRA DO NASCIMENTO**
ADVOGADO : **HELIO BIALSKI E OUTRO(S)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA QUE DECRETA A PRISÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o réu que responde solto à instrução processual deve assim permanecer se não tiver dado causa superveniente à decretação da segregação cautelar. Precedentes.

2. No caso, o Juízo monocrático entendeu adequado decretar a segregação cautelar do paciente, como consectário lógico da condenação e em razão da gravidade abstrata do crime de tráfico, sem destacar a existência dos motivos autorizadores insertos no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negou provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 232.881 - SP (2012/0025137-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática, de minha lavra, que concedeu **habeas corpus** de ofício, para assegurar a liberdade provisória do paciente, nos seguintes termos (fls. 294/307):

*Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Eliosmar Teixeira do Nascimento, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.*

*Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 4 de junho de 2004, ocasião em que foram encontrados em seu poder e dos demais corréus cerca de 39 (trinta e nove) quilos de cocaína, além de armamentos. Em seguida, foi oferecida denúncia em desfavor do paciente, dando-o como incurso nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/1976, e art. 12 da Lei nº 10.826/2003, tendo sido, posteriormente, relaxada sua custódia cautelar pelo Tribunal de origem, adquirida por extensão no julgamento do **Habeas Corpus** nº 496.520/6.*

Após a instrução do feito, foi proferida sentença, condenando-o à pena de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 12, da Lei n.º 6.368/76, e à pena de 2 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infringência ao art. 12 da Lei n.º 10.826/03, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, com a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

*O **decisum** transitou em julgado.*

Tem-se, ainda, que foi ajuizada Revisão Criminal buscando a anulação da coisa julgada pela incorreção na intimação da defesa e, como consequência, a permissão para que pudesse aguardar em liberdade, sob a alegação de que o ora paciente "permanecera solto durante a instrução criminal e o fundamento utilizado pelo juízo de piso, para castrar a sua liberdade, diverge dos pressupostos legais insculpidos na legislação processual de regência e afrontam diretamente a melhor orientação jurisprudencial dessa Casa e do Pretório Excelso" (fl. 3).

O Tribunal bandeirante, no julgamento da revisão criminal, deferiu parcialmente o pedido, para determinar a regular intimação dos advogados constituídos, restituindo-se ao réu o prazo para apelar previsto no artigo 593 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Opostos embargos de declaração, para sanar omissão quanto ao direito do paciente recorrer em liberdade, os mesmos foram acolhidos, porém, foi mantida a prisão.

Neste Superior Tribunal de Justiça, alega que o **decisum** que negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade carece de fundamentação idônea, sem a demonstração de dados concretos para autorizar a medida extrema, além de ressaltar que ele encontrava-se solto quando da prolação da sentença.

Aduz, ainda, "excesso de prazo para a entrega da prestação jurisdicional, sem que a defesa do paciente tenha colaborado para tamanho lapso" (fl. 16), acentuando que "não se pode prever quando o recurso defensivo será processado e devidamente julgado pelo Tribunal paulista, fato este que, certamente, agravará ainda mais o excesso já configurado" (fl. 17).

Assim, requer, em tema liminar, seja permitido ao paciente aguardar em liberdade o julgamento de seu recurso, e, no mérito, seja revogada a custódia cautelar decretada, autorizando que o paciente aguarde solto o trânsito em julgado do processo.

A liminar foi indeferida (fls. 133/136).

Prestadas as informações (fls. 152/275), o Ministério Público Federal, ao manifestar-se (fls. 285/288), opinou pelo parcial conhecimento do **writ**, e na parte conhecida, pela denegação da ordem.

Brevemente relatado, decido.

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituiu para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.*

*O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo. (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011.)*

*Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente". (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012.)*

*No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)*

*Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos:

(I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).*

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

*Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.*

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)

*Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).*

*Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.*

*Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.*

*Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.*

A presente impetração busca, em síntese, o reconhecimento do direito do paciente aguardar em liberdade o julgamento do recurso, sendo assim, revogada a prisão preventiva.

A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Juízo Monocrático, ao prolatar a sentença condenatória, decretou a prisão preventiva do paciente com base nas seguintes fundamentações (fls. 58/59):

Os réus praticaram condutas de gravidade impar. Foram presos em flagrante delito na posse de alentado volume de entorpecente, sendo que ambos se encontravam armados. Se dedicam à prática do tráfico de drogas, podendo ser considerados traficantes de grande porte, responsáveis pela onda de violência que avassala o país. Suas condutas se dirigem à desagregação da família, ao conflito entre pais e filhos, ao desespero da comunidade ordeira. Considerá-los culpados de crime gravíssimo e deixá-los culpados de crime gravíssimo e deixá-los em liberdade é um contra-senso. Dá a nítida idéia da impunidade. Desprestigia a Justiça.

Por certo lograram a liberdade. Mas esta foi conseguida em razão da demora no encerramento do processo, e não por merecimento, ou mesmo porque ausentes os pressupostos da custódia cautelar.

A gravidade do crime sugere a necessidade da custódia, a fim de resguardar-se a ordem pública, afastando o traficante do convívio social.

Necessária ainda a custódia para se garantir a efetiva aplicação da lei penal, na medida em que receberam graves penas e diante do envolvimento na criminalidade, por certo, não estão dispostos a se submeterem ao comando do Estado. Se não encarcerados de imediato, na frustração do comando exarado na sentença é certa.

A defesa ajuizou Revisão Criminal buscando a anulação da coisa julgada pela incorreção na intimação da defesa e permissão para aguardar a decisão em liberdade, tendo em vista que permaneceu solto durante a instrução criminal e alegou, ainda, que a sua segregação cautelar carece de fundamentação.

O pedido foi parcialmente deferido, determinando-se a intimação dos advogados, restituindo-se ao réu o prazo para apelar, conforme art. 593 do CPP.

Para sanar a omissão em relação ao direito do paciente recorrer em liberdade, a defesa impetrou embargos de declaração, os quais foram acolhidos, no entanto, a prisão preventiva foi mantida.

Em um primeiro laço, verifico que a questão relativa ao excesso de prazo na instrução não foi analisada pelo Tribunal.

*Inicialmente, é preciso dizer que, em termos de **habeas corpus**, é indispensável a análise das questões suscitadas pelo Tribunal **a quo**, sob pena de indevida supressão de instância.*

Isso porque, não tendo sido a matéria levada a conhecimento das instâncias anteriores, também não é possível a esta Corte Superior aferir eventual ilegalidade perpetrada, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida ao Superior Tribunal de Justiça, no art. 105 da Carta Magna.

Destaque-se que, ainda que manejado o recurso ordinário cabível,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do art. 105, II, da Constituição Federal, como de fato o foi, esta Corte não teria competência para analisar tema não "decidido em única última ou última instâncias pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão".

Ao ensejo:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SOLTURA NO PRIMEIRO GRAU. PERDA DO OBJETO.

*1. Matéria não decidida pelo Tribunal de origem (trancamento da ação penal) não se submete ao crivo do STJ, em sede de **habeas corpus**, sob pena de supressão de instância, pois, em ultima ratio, está-se a atacar o que decido no primeiro grau de jurisdição, em flagrante afronta à regra de competência insculpida no art. 105, inciso I, letra "c" e inciso II, letra "a" da Constituição Federal.*

*2. Concedida liberdade provisória à paciente, pelo juízo de primeiro grau, o pleito, neste particular, encontra-se prejudicado. 3. **Habeas corpus** em parte prejudicado e, no mais, não conhecido. (HC 141693/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 05/09/2012.)*

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (...). CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. LEGÍTIMA DEFESA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegada tese de que o recorrente teria agido em legítima defesa, tendo em vista que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal impetrado, tornando-se impossível conhecer-se do writ nesse ponto, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

*2. **Writ** parcialmente conhecido e, nessa extensão, recurso improvido. (RHC 33.208/PB, Relator o Ministro JORGE MUSSI, DJe 11/09/2012.)*

Não se pode descurar, por fim, que admitir a análise direta por esta Corte de eventual ilegalidade não submetida ao crivo do Tribunal de origem denotaria patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir.

*Nos termos do que bem elucidou a Ministra Rosa Weber, "ação constitucional que é, não pode ser o **writ** amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico". (HC 106377, Relatora a Ministra ROSA WEBER, julgado em 21/08/2012).*

Por outro lado, não diviso manifesto constrangimento ilegal ante a falta de fundamentação para decretar a segregação cautelar.

Constata-se, dessa forma, que a prisão cautelar do paciente foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decretada para garantia da ordem pública, com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

À evidência, não se desconhece, trata-se de crime grave, mas para a decretação da segregação cautelar de paciente que permaneceu solto durante toda a instrução criminal, é imprescindível a verificação de elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia, decorrente é certo e fatos supervenientes, inverificáveis, contudo, na espécie.

Dessarte, verifica a existência de constrangimento ilegal, no que tange a relativização da liberdade do paciente, necessária a concessão da ordem nos termos requeridos.

Ante o exposto, não conheço da impetração. Concedo habeas corpus de ofício, para assegurar a liberdade provisória do paciente, até o trânsito em julgado da sua condenação, se por outro motivo não estiver solto.

Publique-se.

Intime-se.

Insurge-se o recorrente contra a parte da decisão que concedeu ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos seus recursos, ao argumento de que "muito embora o paciente tenha respondido em liberdade parte da instrução criminal, em razão da concessão de habeas corpus no Tribunal de origem, pela demora no encerramento do processo, o juiz de primeiro grau justificou concretamente a necessidade da prisão do paciente, destacando ser ele 'traficante de grande porte', haja vista que, com ele e o corréu foram encontrados aproximadamente 38,305 quilos de cocaína" (fl. 319/320).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 232.881 - SP (2012/0025137-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

No particular da prisão cautelar do paciente, que estava em liberdade durante a instrução criminal, disse o Juiz monocrático (fls. 58/59):

Os réus praticaram condutas de gravidade impar. Foram presos em flagrante delito na posse de alentado volume de entorpecente, sendo que ambos se encontravam armados. Se dedicam à prática do tráfico de drogas, podendo ser considerados traficantes de grande porte, responsáveis pela onda de violência que avassala o país. Suas condutas se dirigem à desagregação da família, ao conflito entre pais e filhos, ao desespero da comunidade ordeira. Considerá-los culpados de crime gravíssimo e deixá-los em liberdade é um contra-senso. Dá a nítida idéia da impunidade. Desprestigia a Justiça.

Por certo lograram a liberdade. Mas esta foi conseguida em razão da demora no encerramento do processo, e não por merecimento, ou mesmo porque ausentes os pressupostos da custódia cautelar.

A gravidade do crime sugere a necessidade da custódia, a fim de resguardar-se a ordem pública, afastando o traficante do convívio social.

Necessária ainda a custódia para se garantir a efetiva aplicação da lei penal, na medida em que receberam graves penas e diante do envolvimento na criminalidade, por certo, não estão dispostos a se submeterem ao comando do Estado. Se não encarcerados de imediato, na frustração do comando exarado na sentença é certa.

Tem-se que o paciente obteve a liberdade provisória e respondeu solto à instrução criminal. Conduto, quando da prolatação da sentença foi-lhe decretada a segregação cautelar para garantia da ordem pública, com base na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas.

À evidência, não se desconhece, trata-se de crime grave e da periculosidade do paciente, mas para a decretação da segregação cautelar de réu que permaneceu solto durante toda a instrução criminal, é imprescindível a verificação de elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia, decorrente é certo e fatos supervenientes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inverificáveis, contudo, na espécie.

Dessarte, verificada a existência de constrangimento ilegal, no que tange a relativização da liberdade do paciente, necessária a concessão da ordem nos termos requeridos.

Nesse sentido:

A - CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. QUADRILHA. APELO EM LIBERDADE NEGADO. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. ARGUMENTO QUE NÃO SE PRESTA A RESPALDAR A CUSTÓDIA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. POSSIBILIDADE DE FUGA. MERA CONJECTURA. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. REGULAR ANDAMENTO DO FEITO. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

II. A credibilidade do Poder Judiciário não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculada de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, como já anteriormente destacado.

[...]

*VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 183.426/MG, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe 01/02/2011)*

B - HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. REPERCUSSÃO SOCIAL. PRESUNÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER SOLTO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Há constrangimento ilegal se o magistrado de primeira instância indeferiu a liberdade provisória do paciente apenas com base na gravidade genérica do crime de roubo, no clamor social por ele causado, na necessidade de citação pessoal do acusado e na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de intimidação de testemunhas. Tais fundamentos não se revelam idôneos para justificar a necessidade da medida extrema, ante a falta de qualquer elemento concreto dos autos, não se admitindo presumir que o paciente poderá intimidar testemunhas. Ademais, a gravidade abstrata do delito e o aumento dos preços dos seguros também não se enquadram nos requisitos exigidos pela legislação de regência.

3. A expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

*(HC Nº 89.665/SP, Relatora Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 15/03/2010)*

C - HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não se conhece de matéria não posta sob o crivo do Tribunal a quo - como, no caso, a alegada ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso com base na gravidade do delito -, evitando-se assim a ocorrência de indevida supressão de instância (Precedentes).

PRISÃO EM FLAGRANTE. PACIENTE POSTO EM LIBERDADE DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELAR EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. EXEGESE DO ART. 5º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Tendo o paciente sido posto em liberdade durante a instrução criminal, em razão do reconhecimento, pelo Tribunal de origem, do excesso de prazo para o seu encerramento, a necessidade da sua segregação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, deve ser justificada com base em fatos concretos, para a garantia dos requisitos de cautelaridade previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. A negativa do paciente recorrer em liberdade, por decisão desprovida de concreta fundamentação acerca da necessidade da sua custódia cautelar, fere o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurando-se o constrangimento ilegal sanável pela via do habeas corpus.

3. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida para permitir ao paciente o direito de recorrer da sentença condenatória em liberdade, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. (HC Nº 101.917/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 14/12/2009)

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo regimental .

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0025137-5

AgRg no
HC 232.881 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1904230520098260000 990090718064 990091904236 9942004

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HELIO BIALSKI E OUTROS
ADVOGADO	: HÉLIO BIALSKI E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ELIOSMAR TEIXEIRA DO NASCIMENTO
CORRÉU	: MARINALDO RODRIGUES DA COSTA
CORRÉU	: JOSÉ LOPES DA SILVA JÚNIOR
CORRÉU	: DOLORES REGINA FÉLIX DE SOUZA
CORRÉU	: ADAUTO BARBOSA ALVES
CORRÉU	: DEJAIR JOSÉ DE OLIVEIRA
CORRÉU	: JOSÉ RENATO BARBOSA ALVES
CORRÉU	: JOSÉ HILDO DE SOUZA
CORRÉU	: SÔNIA APARECIDA SOUZA SANTOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: ELIOSMAR TEIXEIRA DO NASCIMENTO
ADVOGADO	: HELIO BIALSKI E OUTRO(S)

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.