



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.209 - SP (2011/0095387-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : HUMBERTO MARTINEZ DE SOUZA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE MARTINEZ DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AÇÃO PENAL ANULADA DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA SUPOSTAMENTE NÃO CONSIDERADA NA SENTENÇA ANULADA. NOVA SENTENÇA SEQUER PROFERIDA. REMÉDIO HERÓICO: VIA PROCESSUAL DESTINADA A TUTELAR APENAS IMEDIATA ILEGALIDADE CONTRA A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO COATOR. IMPROPRIEDADE ABSOLUTA DA VIA ELEITA. TESE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA *NE REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO-OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.*"

3. A ameaça de constrangimento ao *jus libertatis* a que se refere a garantia prevista no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LXVIII, da Constituição República) há de se constituir objetivamente, de forma iminente e plausível, e não hipoteticamente, como na hipótese dos autos, em que os Impetrantes impugnaram a possível utilização da prova alegadamente não considerada pelo Juízo processante, em futura sentença a ser proferida.

4. Ademais, inexistente ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, pois a sentença não reconheceu qualquer nulidade nas interceptações telefônicas, mas, até mesmo, "*analisou e valorou o teor das escutas telefônicas*".

5. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.209 - SP (2011/0095387-7)

IMPETRANTE : HUMBERTO MARTINEZ DE SOUZA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE MARTINEZ DE SOUZA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de HENRIQUE MARTINEZ DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que ora Paciente foi denunciado pela prática dos delitos descritos nos arts. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, art. 16 da Lei n.º 10.826/2003 e art. 329 do Código Penal. Ao final, foi absolvido da imputação do delito de resistência e condenado, pelos demais delitos, à pena de 13 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 161 dias-multa.

Irresignado, interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça estadual, que anulou o feito desde o recebimento da denúncia, para que fosse observado o rito processual da Lei n.º 11.343/2006.

No presente *writ*, alega-se que, na sentença anteriormente anulada, objeto de apelação exclusiva da defesa, o Juízo sentenciante não teria considerado, para fins de condenação, as provas obtidas por meio de interceptação telefônica. Diante disso, sustentam que a utilização das referidas provas em futuro julgamento envolveria "*reformatio in pejus*" indireta. Esclarecem que "*a sentença anulada é o limite para a nova sentença a ser prolatada futuramente. Equivale a dizer que os parâmetros para o julgamento já estão definitos, quais seja: prova oral firme e segura que não cabe aqui relata – e NÃO CONSIDERAÇÃO DA ESCUTA TELEFÔNICA, UMA VEZ QUE NÃO INTERESSANTE AO MÉRITO DA CAUSA.*" (fl. 10)

Requerem, assim, liminarmente, a suspensão da instrução processual, até o julgamento do *writ*. No mérito, pugnam pelo afastamento da "*utilização pela autoridade coatora da interceptação telefônica como meio de prova, desentranhando-se dos autos o seu inteiro teor, pelos motivos expostos*" (fl. 13).

Indeferi o pedido liminar às fls. 107/108.

As judiciosas informações foram juntadas às fls. 116/304.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 308/311, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.209 - SP (2011/0095387-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AÇÃO PENAL ANULADA DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA SUPOSTAMENTE NÃO CONSIDERADA NA SENTENÇA ANULADA. NOVA SENTENÇA SEQUER PROFERIDA. REMÉDIO HERÓICO: VIA PROCESSUAL DESTINADA A TUTELAR APENAS IMEDIATA ILEGALIDADE CONTRA A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO COATOR. IMPROPRIEDADE ABSOLUTA DA VIA ELEITA. TESE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA *NE REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO-OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.*"

3. A ameaça de constrangimento ao *jus libertatis* a que se refere a garantia prevista no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LXVIII, da Constituição República) há de se constituir objetivamente, de forma iminente e plausível, e não hipoteticamente, como na hipótese dos autos, em que os Impetrantes impugnaram possível utilização da prova alegadamente não considerada pelo Juízo processante, em futura sentença a ser proferida.

4. Ademais, inexistente ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, pois a sentença não reconheceu qualquer nulidade nas interceptações telefônicas, mas, até mesmo, "*analisou e valorou o teor das escutas telefônicas*".

5. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Nesse sentido, a propósito, os seguintes precedentes: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012; STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; STF HC 114.452-AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/10/2012, publicado no DJe de 08/11/2012.

Esse entendimento tem sido reiterado em decisões monocráticas, as quais, considerando a inadequação do *writ*, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações, v.g.: HC 114.550/AC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 27/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/08/2012; HC 116.385/PR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 01/03/2013; HC 116.379/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26/02/2013.

Nesse cenário, reformulou-se a admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça estadual anulou a ação penal ajuizada contra o Paciente desde o recebimento da denúncia, para que fosse observado o rito processual da Lei n.º 11.343/2006.

No presente *writ*, alega-se que, na sentença anteriormente anulada, objeto de apelação exclusiva da defesa, o Juízo sentenciante não teria considerado, para fins de condenação, as provas obtidas por meio de interceptação telefônica. Diante disso, sustentam que a utilização das referidas provas em futuro julgamento envolveria "*reformatio in pejus*" indireta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esclarecem que *"a sentença anulada é o limite para a nova sentença a ser prolatada futuramente. Equivale a dizer que os parâmetros para o julgamento já estão definidos, quais seja: prova oral firme e segura que não cabe aqui relata – e NÃO CONSIDERAÇÃO DA ESCUTA TELEFÔNICA, UMA VEZ QUE NÃO INTERESSANTE AO MÉRITO DA CAUSA"* (fl. 10).

Observa-se que os Impetrantes impugnam possível utilização da prova alegadamente não considerada pelo Juízo processante, em futura sentença a ser proferida.

Não se demonstrou o interesse processual na tramitação do presente writ, pois não foram apontados quaisquer atos concretos que possam causar, diretamente ou indiretamente, perigo ou restrição à liberdade de locomoção no caso, o que inviabiliza, por si só, a utilização do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Isso porque *"[o] risco de cumprimento, ante tempus, é meramente hipotético, sabendo-se que não cabe ação de habeas corpus contra o chamado, por alguns, 'ato de hipótese'. Portanto, não há constrangimento ilegal a ser evitado ou sanado pelo presente habeas corpus, o qual se mostra manifestamente incabível"* (HC n.º 82.319/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 12/09/2007).

Entenda-se: a ameaça de constrangimento ao *jus libertatis* a que se refere a garantia prevista no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LXVIII, da Constituição República) há de se constituir objetivamente, de forma iminente e plausível, e não hipoteticamente, como na hipótese dos autos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS' - DECISÃO QUE LHE NEGA TRÂNSITO - [...] - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO DE DANO EFETIVO OU DE RISCO POTENCIAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO FÍSICA DO PACIENTE - CONSEQÜENTE INADMISSIBILIDADE DO "WRIT" CONSTITUCIONAL - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA DOCTRINA BRASILEIRA DO 'HABEAS CORPUS' - CESSAÇÃO (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1926) - RECURSO IMPROVIDO. A FUNÇÃO CLÁSSICA DO "HABEAS CORPUS" RESTRINGE-SE À ESTREITA TUTELA DA IMEDIATA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO FÍSICA DAS PESSOAS.

- A ação de "habeas corpus" não se revela cabível, quando inexistente situação de dano efetivo ou de risco potencial ao "jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque" do paciente. Esse entendimento decorre da circunstância histórica de a Reforma Constitucional de 1926 - que importou na cessação da doutrina brasileira do "habeas corpus" - haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, destinando-o, quanto à sua finalidade, à específica tutela jurisdicional da imediata liberdade de locomoção física das pessoas. Precedentes.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do "habeas corpus", cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa - atual ou iminente - ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Doutrina. Precedentes." (STF, HC 97.119-AgR/DF, 2.^a Turma, Rel Min. CELSO DE MELLO, DJe de 08/05/.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCESSÃO, NA SENTENÇA, DO DIREITO DE O PACIENTE APELAR EM LIBERDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE DELIBERAÇÃO, POR PARTE DO TRIBUNAL IMPETRADO, ACERCA DO PEDIDO PARA QUE O PACIENTE PERMANECESSE EM LIBERDADE, O QUE SEQUER FOI PLEITEADO A ESSE ÓRGÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA, POR PARTE DO TRIBUNAL DE ORIGEM, AO DIREITO AMBULATORIAL DO PACIENTE. FALTA DE ATO COATOR. NÃO CABIMENTO, NA HIPÓTESE, DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS.

1. No caso, ao proferir-se sentença condenando Paciente pelo crime de atentado violento ao pudor, reconheceu-se seu direito de apelar em liberdade. Após, o Tribunal de origem, ao manter a condenação quando do julgamento da apelação, nada determinou acerca da expedição do mandado de prisão, certamente em atenção ao atual entendimento dos Tribunais Pátrios de que a pena não pode ter seu cumprimento iniciado senão depois do trânsito em julgado da condenação.

2. Ausente, portanto, interesse processual na presente causa, por faltar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinação para que o Paciente fosse segregado cautelarmente. Inexistente o risco de o Estado constranger ilicitamente a liberdade do paciente, por não restar configurado, sequer, ato coator por parte do Órgão Jurisdicional Impetrado.

3. Incide na hipótese o entendimento de que não é cabível o remédio constitucional do habeas corpus se não há possibilidade de o direito ambulatorial do Paciente ser ilegalmente constrangido.

4. [...].

5. Habeas corpus não conhecido." (STJ, HC 128.943/SP, 5.^a Turma, Rel. p/ Acórdão Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/03/2010.)

Ainda que se pudesse superar esse óbice, não assistiria razão aos Impetrantes, pois, tal como ressaltado pelo Tribunal de origem, a Magistrada, na sentença anulada, não afastou a utilização das escutas telefônicas como meio de prova, mas "*analisou e valorou o teor das escutas telefônicas*" (fl. 22), mesmo que tenha entendido ser, até mesmo, prescindível o exame de tais escutas, por haver outras provas aptas para a condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em nenhum momento a Magistrada acolheu alegações de nulidade arguidas pela defesa, como se pode observar do seguinte trecho da sentença:

"[...]

Também não há cerceamento de defesa ou ofensa ao princípio do devido processo legal.

Providenciou-se a remessa e apensamento dos autos da medida cautelar processada perante a 2.^a Vara Criminal da Comarca de Praia Grande e, sem qualquer dúvida, tanto o representante do Ministério Público quanto os Defensores de cada qual dos réus tiveram pleno acesso aos autos e seus diversos apensos, bem podendo tomar conhecimento de todo o processado naquela Comarca.

Afora isso, as gravações sempre estiveram à disposição dos interessados e é certo que nenhuma outra providência ou prova foi pleiteada seja pela Acusação como também pela Defesa de cada qual dos acusados.

Na realidade, o teor das escutas telefônicas sequer interessa à apreciação do mérito da causa, já que a prova oral é firme e segura e dá sustento à condenação dos co-réus Henrique, Victor e Celso, como adiante se verá, pois bem indica o envolvimento de cada qual nos fatos aqui apurados.

[...]

As escutas telefônicas - aqui analisadas incidentalmente - mostram conversas mantidas pelos co-réus e bem revelam que estavam efetivamente envolvidos na atividade criminosa, utilizando vulgar linguajar e evidenciando que há muito se organizavam e se revezavam nesse proceder ilícito.

Entretanto, e como já disse, as gravações criticadas pela Defesa em nada influem nesta decisão, pois ainda que o Juízo as desconsidere, a prova oral se revela coerente e segura a indicar a responsabilidade penal dos acusados Henrique, Victor e Celso." (Fls. 37/47, sem grifos no original.)

Assim, não se verifica, na espécie, a alegada ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*, pois não reconhecida qualquer nulidade nas interceptações telefônicas capaz de impedir seu uso em futura sentença.

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0095387-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 205.209 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1782005 2048090620108260000 8092009 958919360000000 9901020448098

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HUMBERTO MARTINEZ DE SOUZA E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: HENRIQUE MARTINEZ DE SOUZA
CORRÉU	: RODRIGO ALVES FREITAS
CORRÉU	: VICTOR ALEXANDRE DE OLIVEIRA
CORRÉU	: CELSO RICARDO RODRIGUES FEIO

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.