



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.168 - SP (2011/0094873-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOSÉ NILSON VITAL JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELVIS RIOLA DE ANDRADE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTES TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. HOMICÍDIO. PRISÃO CAUTELAR. TESE DE EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DE PRONÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL SUPERADO. SÚMULA N.º 21 DESTA CORTE. MORTE DE AGENTE PENITENCIÁRIO. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA AUTO DENOMINADA PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, O "PCC". PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO COM RECOMENDAÇÃO DE URGÊNCIA.

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 Tóffoli, 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. Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão cautelar por excesso de prazo na instrução criminal. Incidência da Súmula n.º 21 deste Superior Tribunal de Justiça. Precedente.

4. Constata-se que a manutenção da custódia cautelar, ao contrário do alegado pelo Impetrante, encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal.

5. Segundo apurado pelo Juízo processante, há fortes indicativos de que a atividade delituosa era reiterada e de que o réu integrava organização criminosa, o que demonstra com clareza a periculosidade da ação ao meio social. Ademais, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

periculosidade do agente foi concretamente evidenciada, considerando-se, sobretudo, o *modus operandi* do delito que teve a participação de 8 pessoas e dois carros, ocasionando a morte de agente penitenciário, que chegava em sua residência.

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

7. *Habeas corpus* não conhecido, com recomendação de urgência no julgamento do recurso em sentido estrito.

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, com recomendação, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. 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.

SUSTENTOU ORALMENTE: DRA. GABRIELA DE CASTRO IANNI (P/PACTE)

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.168 - SP (2011/0094873-2)

IMPETRANTE : JOSÉ NILSON VITAL JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELVIS RIOLA DE ANDRADE (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado, em favor de ELVIS RIOLA DE ANDRADE, preso cautelarmente desde 28/05/2010, contra acórdão proferido nos autos do HC n.º 0567655-83.2010.8.26.0000, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a Impetrante que o Paciente foi denunciado pela prática, em tese, do crime descrito no art. 121, § 2.º, incisos III e IV, do Código Penal. Consta da denúncia que o Paciente seria integrante da facção criminosa, autodenominada "PCC", e que teria matado, no dia 03 de maio de 2009, em conjunto com outros comparsas, mediante 08 tiros de pistola calibre 380, agente penitenciário que chegava em sua residência, na companhia da namorada.

Notícia a formulação de pedido de revogação da prisão preventiva, o qual restou indeferido, motivando a impetração de *habeas corpus*, oportunidade em que alegou, em suma, falta de fundamentação para a manutenção da custódia, tendo em vista, outrossim, que o Paciente possui os requisitos para a liberdade provisória, bem como excesso de prazo para a formação da culpa.

Nas presentes razões, reitera o Impetrante os mesmos argumentos deduzidos no pedido originário.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva e a consequente expedição de alvará de soltura.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 137/138.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 147/348.

Instado a se manifestar o Ministério Público Federal opinou às fls. 352/358 pelo não conhecimento da ordem, nos termos da seguinte ementa:

"PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2.º, INCS. I E IV, CP). CUSTÓDIA CAUTELAR. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA. NOVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TÍTULO A JUSTIFICAR A CUSTÓDIA. TEMA NÃO SUBMETIDO À APRECIÇÃO DA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ACÓRDÃO ATACADO PROLATADO ANTES DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO. TESE SUPERADA. PRONÚNCIA. SÚMULA N.º 21/STJ. FEITO QUE APRESENTA ANDAMENTO REGULAR. IMPRESCINDIBILIDADE DA SEGREGAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM OU, NO MÉRITO, PELA SUA DENEGAÇÃO." (FL. 352).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.168 - SP (2011/0094873-2)

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. HOMICÍDIO. PRISÃO CAUTELAR. TESE DE EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DE PRONÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL SUPERADO. SÚMULA N.º 21 DESTA CORTE. MORTE DE AGENTE PENITENCIÁRIO. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA AUTO DENOMINADA PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, O "PCC". PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO COM RECOMENDAÇÃO DE URGÊNCIA.

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 Tóffoli, 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. Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão cautelar por excesso de prazo na instrução criminal. Incidência da Súmula n.º 21 deste Superior Tribunal de Justiça. Precedente.

4. Constata-se que a manutenção da custódia cautelar, ao contrário do alegado pelo Impetrante, encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal.

5. Segundo apurado pelo Juízo processante, há fortes indicativos de que a atividade delituosa era reiterada e de que o réu integrava organização criminosa, o que demonstra com clareza a periculosidade da ação ao meio social. Ademais, a periculosidade do agente foi concretamente evidenciada, considerando-se, sobretudo, o *modus operandi* do delito que teve a participação de 8 pessoas e dois carros, ocasionando a morte de agente penitenciário, que chegava em sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

residência.

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

7. *Habeas corpus* não conhecido, com recomendação de urgência no julgamento do recurso em sentido estrito.

VOTO

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

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. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012.)

Colhe-se do voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio, o seguinte excerto:

"O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra 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."

No mesmo diapasão, foi o julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28/08/2012, perante a Primeira Turma. A Relatora, a Ministra Rosa Weber, ao não admitir o *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal", ressaltou que:

"A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal."

Fez também a mesma ponderação acerca dos feitos já ajuizados:

"Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade."

Eis a ementa do julgado:

"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 heroico. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012.)

No mesmo sentido:

"Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Atentado violento ao pudor praticado com violência presumida – art. 214, c/c art. 223, ‘a’, do Código Penal. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, ‘d’ e ‘i’. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Inviabilidade da concessão ex officio do writ. Absolvição. reexame de fatos e provas: Inviabilidade da concessão da ordem ex officio. Superveniência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Impossibilidade de convolação do writ em revisão criminal. Aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009, com o fito de diminuir a pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva. Tema não examinado no Tribunal a quo. Supressão de instância. Inocorrência, in casu, de concurso de crimes.

1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

2. Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger hipóteses não sujeitas à jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal.

3. 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, que objetivam viabilizar o exercício pleno da nobre função de guardião da Constituição Federal.

4. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

urgente e imperativa 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 nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

5. *Ad argumentandum tantum, sequer é o caso de concessão ex officio da ordem, porquanto a impetrante pretende, através do revolvimento de fatos e provas, infirmar a palavra da vítima de atentado violento ao pudor, com violência presumida, bem como o testemunho da mãe dela para alcançar, em sede de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a absolvição, atribuindo aos pais da criança, então com 6 (seis) anos de idade, falta de cuidados e imputando à mãe falsa comunicação de crime para acobertar suposto adultério praticado com o paciente; argumentos lastimáveis, data venia.*

6. *É cediço que a via estreita do habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; E RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009.*

7. *Outrossim, o superveniente trânsito em julgado da sentença traduz impossibilidade de convolação do writ, ou mesmo do recurso, em revisão criminal.*

8. *O tema atinente à aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009 não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, por isso não pode ser conhecido nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

9. *Ainda que essa questão tivesse sido examinada pelo Tribunal a quo, o caso concreto não comportaria a aplicação da lex in melius posterior, porquanto a redução da pena somente seria possível se o paciente tivesse sido condenado em concurso material e pretendesse o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo certo que a condenação foi por apenas um delito.*

10. *Destarte, a jurisprudência desta Corte, anteriormente ao advento da referida Lei n. 12.015, de 7-8-2009, refutava o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sob o fundamento de configurarem delitos de espécies distintas, entendimento que há de ser revisto ante a inserção dos núcleos definidores do crime de atentado violento ao pudor na descrição típica do crime de estupro, passando a configurar delitos da mesma espécie.*

11. *A afirmação, pela Defensoria Pública, no sentido da ocorrência de concurso de crimes é, reitere-se, dissociada da realidade dos autos, não cabendo argumentar com a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009.*

12. *Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual, afastada a possibilidade de concessão ex officio da ordem." (STF, HC 108.181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

publicado no DJe de 06/09/2012.)

Esse entendimento foi reiterado em decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012), os quais, considerando a inadequação do writ, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações.

Nesse cenário, exsurge a necessidade premente da reformulação da 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.

Na hipótese dos autos, segundo as informações prestadas pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, no curso do inquérito policial, instaurado para investigar a prática de homicídio pelo Paciente, foi decretada a sua prisão temporária e pelo prazo de 30 dias, expedindo-se mandado de prisão, cumprido em 28 de maio de 2010. Encerrado o inquérito policial, o ora Paciente foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 121, § 2º, inciso III e IV, do Código Penal. Em 25 de junho de 2010, o Juízo processante decretou a prisão preventiva, para garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e segurança de futura aplicação da lei penal, nestes termos:

"[...]

DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA do réu ELVIS RIOLA DE ANDRADE OU CÍCERO ROBERTO DA SILVA, atendendo a representação da Autoridade Policial secundada pela manifestação ministerial (fls. 1036/1039).

Exsitem provas que dão conta da existência do crime e indícios suficientes da autoria, trata-se de crime de extrema gravidade, hediondo, que causou clamor social, além de eventual envolvimento do acusado com o crime organizado.

Existem requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Fundamenta-se, pois, a prisão preventiva do réu ELVIS RIOLA DE ANDRADE OU CÍCERO ROBERTO DA SILVA, na forma dos artigos 311 e 312, do Código Penal, em garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e da segurança de futura aplicação da lei penal. Expeça-se o necessário.

"[...]" (Fls. 230/231)

O d. promotor de justiça ao oferecer a denúncia consignou o seguinte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Segundo logrou-se apurar, na época dos fatos, a vítima trabalhava como Agente de Segurança no Centro de Readaptação Penitenciária (CRP) de Presidente Bernardes/SP, tendo também prestado serviços na Penitenciária Maurício Henrique Guimarães Pereira – PII, de Presidente Venceslau/SP, tendo também prestado serviços na Penitenciária Maurício Henrique Guimarães Pereira - PII, de Presidente Venceslau/SP, no período de 01 a 31/12/2007, como integrante do Grupo de Intervenção Rápida (G.I.R.).

No centro de Readaptação Penitenciária RP de Presidente Bernardes (CRP) e na Penitenciária II de Presidente Venceslau estão recolhidas as principais lideranças da facção criminos autodenominada "PCC" (Primeiro Comando da Capital), organização criminosa altamente organizada que atua dentro e fora dos presídios responsável por diversas ações ilícitas, que visam de desestabilizar a ordem pública e os poderes constituídos do Estado.

Na data dos fatos, a vítima chegava em sua residência acompanhada de sua namorada sendo que, quando descia de seu veículo, outro veículo se aproximou em sentido contrário, com os faróis altos ligados e parou ao lado dela, ocasião em que, o indiciado Elvis, que estava no banco traseiro daquele automóvel, armado com uma pistola calibre 380, efetuou vários disparos contra a vítima, alvejando-a com oito tiros que causaram a sua morte.

Outros indivíduos ainda não identificados participaram da ação criminosa perpetrada pelo indiciado Elvis, uma vez que ocupavam outro automóvel que permaneceu parado no final da rua onde residia a vítima, impedindo que outros veículos ali ingressassem, dando apoio e cobertura ao homicídio perpetrado contra a vítima.

O indiciado Elvis, integrante da facção criminosas autodenominada "PCC" – Primeiro Comando da Capital, agiu impelido por motivo torpe, haja vista que teria recebido ordens dos líderes daquela organização criminosas para matar a vítima somente pelo fato dela exercer a função de agente de segurança penitenciária nos quadros da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária.

Alvejando a vítima de surpresa com vários disparos de arma de fogo, quando não tinha ela razões próximas ou remotas para esboçar qualquer reação, o indiciado Elvis agiu também de modo a dificultar-lhe a defesa." (fl.)

Formulado pleito de revogação da prisão preventiva este também restou indeferido.

Especificamente, quanto ao aludido pedido de revogação o promotor de justiça estadual, emitiu o seguinte parecer, que foi acatado pelo MM. Juiz *a quo*, in verbis:

"No que tange a prisão do acusado, basta ressaltar que se trata de delito grave, homicídio qualificado por motivo torpe e emprego de surpresa, sujeito a elevada pena reclusiva. Consta, ainda, que ELVIS, possui envolvimento com o crime organizado, e além disso, já registra condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por delito anterior. Todos estes fatores em conjunto indicam a periculosidade do denunciado, e justificam seja mantida sua prisão. Em liberdade teria ele integral condição de afetar a colheita da prova, causando temor às testemunhas do caso" (fl. 250)

Inconformada, a Defesa impetrou ***habeas corpus*** perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, nos seguintes termos:

"De outra banda, não se constata qualquer eiva no reconhecimento pessoal efetuado a comprometer a regularidade do feito, dès que, consoante já admitiu o Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento pessoal efetuado em solo judicial (cf. fls. 116/118) prescinde do seguimento de formalidades previstas no Código de Processo Penal. Neste sentido: "Se as vítimas ou testemunhas do evento delituoso apontam, com segurança, em audiência judicial, o acusado presente como autor do ilícito penal praticado, essa prova possui eficácia jurídico-processual idêntica àquela que emerge do reconhecimento efetuado com as formalidades prescritas pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Esse meio probatório, cuja validade é inquestionável, reveste-se de aptidão jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção a prolação de um decreto condenatório (Habeas Corpus n.º 68.819/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 05.11.1991, DJ de 18.08.1992).

Também não se há de falar, no caso em comento, em excesso de prazo. É que, segundo se verifica das informações prestadas (fls. 82-84), bem como daquelas colhidas em contato com o Juízo de origem (cf. Gigliola, escrevente, matrícula 356.565), já encerrou a instrução criminal, aguardando-se agora, apenas a apresentação das alegações finais pela defesa. Incide, ao caso, portanto, o direcionamento pretoriano ditado no verbete sumular n.º 52, Superior Tribunal de Justiça, verbis: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de contrangimento por excesso de prazo".

Por fim, não se antevê, no caso concreto, o menor indicativo da ocorrência de ilegalidade na manutenção da custódia cautelar. A acurada leitura das peças processuais reproduzidas nestes autos leva à percepção de indícios suficientes da autoria delituosa e da materialidade criminosa, atendendo-se ao fumus comissi delicti. É claro que a verificação certa do crime endereçado ao paciente, com vistas voltadas a um juízo de condenação, haverá de ser feita em momento processual outro, o que não obsta, frise-se, a percepção destes indícios de culpabilidade.

De outro lado, pensa-se que a decretação da prisão preventiva não foi, por si só, abusiva ou indevida, porquanto fundamentada como meio para assegurar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a futura aplicação da lei penal tomando-se como esteio para tal conclusão a existência de indícios de ligação do envolvimento do acusado com facção criminosa, o que se evidenciou nas investigações policiais (consoante, aliás, o relato do Delegado de polícia em juízo - fls. 130/134). Não se pode falar, então, na adoção, pela autoridade dita como coatora, de um raciocínio presuntivo para fundar a manutenção da custódia cautelar, pois fez uso dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos, ao que parece, lhe foram evidenciados no feito. Noutros termos, houve a devida materialização dos motivos ensejadores da custódia acauteladora.

Por outro lado, importa salientar que se deve ter presente, também, a espécie delituosa em que o agente se envolveu. No caso em análise, houve imputação de delito especialmente grave e especialmente nocivo, contra agente penitenciário. Observe-se que não está, com isso, albergando-se a idéia de que a gravidade abstrata do delito serve como fundamento exclusivo à determinação da custódia cautelar, mas sim a se evidenciar um critério que atua de forma complementar, que deve ser sopesado tendo-se em conta as particularidades do fato e a existência de outros elementos a evidenciar a necessidade da prisão processual." (Fls. 47/49)

Nesta Superior Instância, a Defesa impetra novo *habeas corpus*, em substituição ao recurso ordinário, sustentando que tanto a decisão singular quanto o acórdão hostilizado revelam patente constrangimento ilegal, porquanto não demonstraram, com a devida fundamentação, a necessidade da segregação cautelar do Acusado, apontando, ainda excesso de prazo.

No caso dos autos, constata-se que, posteriormente ao acórdão ora impugnado, em 18/03/2011, foi proferida sentença pronunciando os Acusados como incurso no art. 121, § 2.º, incisos I e IV, do Código Penal, tendo sido o ora Paciente devidamente intimado acerca do mencionado *decisum* (fl. 149).

Nesse contexto, com a pronúncia do réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão cautelar por excesso de prazo na instrução criminal, em face da incidência da Súmula n.º 21 deste Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo diapasão:

"PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NOVO TÍTULO. FUNDAMENTAÇÃO DISTINTA DO DECRETO ORIGINÁRIO. CONTROVÉRSIA NÃO-APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SÚMULA 21/STJ. ORDEM NÃO-CONHECIDA. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Havendo novo título a respaldar a custódia cautelar do paciente – sentença de pronúncia que negou o direito de aguardar em liberdade por outros fundamentos que não os contidos no decreto de prisão preventiva originário –, a controvérsia não pode ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. O excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, segundo pacífico magistério jurisprudencial deste Superior Tribunal, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais.

3. *Havendo pronúncia, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo, a teor da Súmula 21 do STJ.*

4. *Ordem não-conhecida, com determinação da remessa dos autos ao Tribunal de origem a fim de que aprecie, como entender de direito, o mérito deste writ." (HC 143.767/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 29/03/2010.)*

Ressalte-se que eventual excesso de prazo, ocorrido após a sentença de pronúncia, deve ser arguido, primeiramente, no Tribunal *a quo*, não tendo esta Corte Superior competência para examinar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

Ademais, considerando-se as penas abstratamente cominadas ao delito imputado (homicídio qualificado), a demora no julgamento não extrapola os limites da razoabilidade, em razão, inclusive, da complexidade do feito.

Ressalte-se que somente se verifica constrangimento ilegal quando o excesso de prazo for motivado pelo descaso injustificado da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público, o que não ocorre na presente hipótese.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do Pretório Excelso:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DEMORA NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO. COMPLEXIDADE DO CASO. ATO REQUERIDO PELA DEFESA.

I. - A demora no julgamento da apelação é justificável diante da complexidade do caso.

II. - Não constitui constrangimento ilícito a demora resultante de ato que foi requerido pela defesa.

III. - H.C. indeferido." (HC 84.305/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 15/10/2004.)

"Habeas corpus. Réu preso. Paciente condenado a oito anos e quatro meses de reclusão e multa. Incidência do art. 393, I, do Código de Processo Penal. Demora no julgamento da apelação creditada aos apelantes. Ordem indeferida." (HC 82.533/AC, 1.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 20/06/2003.)

*"Habeas Corpus. 2. Estelionato qualificado e quadrilha. Crime continuado. 3. Legitimidade da negativa de apelação em liberdade. 4. Sentença que confirma, de modo fundamentado, a necessidade de prisão preventiva. 5. Transferência a estabelecimento adequado à condição de idoso. Ausência de demonstração no sentido de que a determinação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região tenha sido descumprida. Ausência, ainda, de demonstração, nos autos, da idade do paciente. 6. **Alegada demora para o julgamento da apelação perante o TRF da 2ª Região.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justificativa idônea para a referida demora do julgamento. Precedentes. 7. Habeas Corpus *indeferido*" (HC 83.834/RJ, 2.^a Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 03/06/2005.)

Quanto à prisão preventiva, consigne-se, que em que pese o d. parecer do *Parquet* Federal no sentido de que restou prejudicada a análise da referida custódia, observa-se que o Magistrado *a quo* manteve a prisão por seus próprios fundamentos, o que possibilita a análise de eventual ilegalidade por esta Corte.

Contudo, do que restou supratranscrito, constata-se que a manutenção da custódia cautelar, ao contrário do alegado pelo Impetrante, encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal.

Segundo apurado pelo Juízo processante, há fortes indicativos de que a atividade delituosa era reiterada e de que o réu integrava organização criminosa, o que demonstra com clareza a periculosidade da ação ao meio social. Ademais, a periculosidade do agente foi concretamente evidenciada, considerando-se, sobretudo, o *modus operandi* do delito que teve a participação de 8 pessoas e dois carros, ocasionando a morte de agente penitenciário, que chegava em sua residência.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE E REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO A ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. 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.

2. Na hipótese, a prisão provisória foi mantida com base em fundamentação idônea, pois enfatizou-se, dentre outros, o possível envolvimento do paciente com a facção criminosa denominada PCC (Primeiro Comando da Capital), sua reiteração delitiva, bem como o fato de estar planejando a prática de crime de roubo naquela comarca, o que evidencia sua periculosidade concreta ensejadora de risco a ordem pública, nos moldes preconizados pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Habeas corpus denegado. (HC 226.114/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/10/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUADRILHA OU BANDO. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO CONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

I. Hipótese em que o Tribunal a quo não examinou o mérito do pleito de reconhecimento da ilegalidade das escutas telefônicas e de trancamento da ação penal, restando incabível o exame da tese esboçada nos presentes autos, sob pena de indevida supressão de instância.

II. Mostra-se devidamente fundamentada decisão que decreta a prisão preventiva para manutenção da ordem pública, garantia da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal com base na quantidade de entorpecentes, natureza dos armamentos, equipamentos e petrechos para produção de drogas apreendidos, além dos indícios de envolvimento com organização criminosa autodenominada PCC.

III. Ordem parcialmente conhecida e denegada." (HC 166.975/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 17/08/2011)

A título de reforço acrescente trecho do parecer ministerial que ao tratar da prisão consignou que "ao contrário do que fora alegado pelo impetrante, a custódia do ora paciente encontra-se devidamente fundamentada, tendo sido decretada (fls. 122/124) e mantida (fl. 322 e 323/336) por ser medida de extrema necessidade para se garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal, tendo em vista a presença de indícios suficientes de autoria, a real periculosidade do paciente (integrante do Primeiro Comando da Capital - PCC), seus péssimos antecedentes, a gravidade em concreto do delito perpetrado, o fato de ter utilizado documento falso para tentar se esquivar da justiça e a ausência de residência no distrito da culpa." (fl. 356)

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

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*, com recomendação de urgência no julgamento do recurso em sentido estrito.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.168 - SP (2011/0094873-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (PRESIDENTE):

Senhores Ministros, também estou acompanhando a eminente Relatora.

Nós temos sustentado que, em *habeas corpus*, pelo menos nesta Corte, o que se verifica é a compatibilidade entre o fato que ensejou a medida constritiva e a medida efetivamente aplicada. Partindo da premissa de que realmente ele integra – e esse é o fundamento da decisão – a organização criminosa; aliás, fatos que estão em voga no Estado de São Paulo, homicídios contra agentes públicos. Não estou fazendo juízo de valor sobre a participação dele, mas, afirmado na decisão que ele integraria organização criminosa e que foi reconhecido por testemunhas, saber se efetivamente isso ocorreu ou não, não é matéria a ser examinada no *habeas corpus*.

Estou parabenizando tanto a sustentação quanto o memorial da advogada, mas estou acompanhando a Sra. Ministra Laurita Vaz, talvez até com a complementação do Sr. Ministro Jorge Mussi, no sentido da recomendação da celeridade no julgamento do recurso em sentido estrito para evitar discussão a respeito de superveniente demora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0094873-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 205.168 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5676558320108260000 912009

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ NILSON VITAL JÚNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ELVIS RIOLA DE ANDRADE (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DRA. GABRIELA DE CASTRO IANNI (P/PACTE)

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, com recomendação, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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.