



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.636 - MG (2012/0206305-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DIEGO MARTINS DE MIRANDA (PRESO)
PACIENTE : CARLOS COSTA JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. APREENSÃO DE VULTOSA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário cabível.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, 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.
3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade. Na hipótese, estando a prisão fundamentada na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de droga apreendida com o paciente (428 gramas de maconha), evidencia-se o risco para ordem pública.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.636 - MG (2012/0206305-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DIEGO MARTINS DE MIRANDA (PRESO)
PACIENTE : CARLOS COSTA JÚNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado pela Defensoria Pública em favor de DIEGO MARTINS DE MIRANDA e CARLOS COSTA JÚNIOR, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. (HC n.º 1.0000.12.073971-9/000).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram presos em flagrante, em 23.5.2012, pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Foi decretada a prisão preventiva dos pacientes e indeferido o pedido de liberdade provisória, nos seguintes termos:

Pelo que se constata houve o auto de prisão em flagrante delito em decorrência de abordagem por apreensão de 428 g de maconha e ácido bórico, além de balança de precisão.

(...)

(...) a gravidade do delito apontado são fatores que interferem sobrejamente no pedido apresentado ante a gravidade e a incompatibilidade com as liberações o que torna premente a manutenção de suas custódias para se garantir a ordem pública e conveniência social e da instrução criminal estando presentes os requisitos basilares da prisão preventiva, eis que decreto a prisão preventiva de Diego Martins de Miranda e Carlos Costa Júnior, com espeque no art. 311 e 312 do CPP, e INDEFIRO O PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA (fls. 90/91).

A Defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem restou denegada, em acórdão assim fundamentado:

Analizando os autos, verifica-se que os pacientes foram presos em flagrante delito, pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 33, "caput" e 35, "caput", ambos da Lei 11.343/2006.

Pela importância, deixo registrado: ninguém melhor que o juiz da causa, que tem contato direto com o denunciado/paciente e possíveis testemunhas, para perceber, nas entrelinhas do processo, a realidade dos fatos que estão sob seu exame.

É certo que não se exige para a custódia cautelar, a mesma certeza que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é exigível para que se possa proferir uma condenação, de vez que aquela é baseada em elementos, em regra, não perfeitamente delineados, porém fortemente justificadores de tal medida.

No caso em apreço verifica-se a presença dos requisitos do art. 312 do CPP.

Como se sabe, para a manutenção da medida coativa, deve revelar-se no caso concreto uma das quatro finalidades expressas pela Lei: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o assecuramento da aplicação da lei penal.

Além do mais, deve estar presente pelo menos uma das hipóteses estabelecidas no art. 313, incisos e parágrafo único do mesmo Diploma Legal.

Em detida análise dos autos, fls. 17/24, extrai-se que em atendimento a várias denúncias realizadas, os policiais se reportaram até o local para apuração, sendo encontrada uma sacola plástica contendo três tabletes de substância análoga à "maconha" pesando aproximadamente 400 gramas (quatrocentos gramas), um invólucro com substância análoga a ácido bórico com peso aproximado de um quilo e uma balança de precisão. Ainda, verifica-se que a denunciada Fernanda, no momento da prisão em flagrante, afirmou que a substância ilícita encontrada era de propriedade de seu companheiro que comercializava drogas juntamente com o ora paciente Diego.

No caso em tela, a averiguação se deu diante a necessidade da apuração de denúncias realizadas relativa ao tráfico de drogas no local. Verifica-se que a imputação atribuída aos pacientes é grave, dotada de grande repercussão e geradora de insegurança no meio social, o que possibilita a indicação objetiva da necessidade da medida constritiva para garantia da ordem pública. Evidente que, somente após a instrução haverá possibilidade de ser comprovada a autoria e a eficiência das providas colhidas nos autos.

Analisando a decisão que indeferiu a liberdade provisória aos pacientes, verifica-se a existência de fundamentos idôneos a sustentá-la, eis que proferida levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, destacando a necessidade de garantia da ordem pública, vejamos, fls. 78/79:

"(...) No que concerne aos demais indiciados a gravidade do delito aportado são fatores que interferem sobejamente no pedido apresentado ante a gravidade e a incompatibilidade com as liberações o que torna premente a manutenção de suas custódias para se garantir a ordem pública e conveniência social da instrução criminal estando presentes os requisitos basilares da prisão preventiva."

Para conveniência da instrução criminal, que precisa ser rápida, para garantia da ordem pública, impõe-se a permanência dos pacientes em cárcere, com o que, a libertação, agora sem dúvida alguma, haveria prejuízo à rapidez que se espera e exige do Poder Judiciário.

Para complicar a situação, entende o STF pela "irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados." (STF. HC 109.236, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011).

Aconselhável trazer à baila a lúcida observação da MINISTRA ELIANA CALMON, Corregedora Nacional de Justiça:

"RESGATE DA DIGNIDADE"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Juiz de primeira instância deve ser valorizado."

"Enquanto o juiz de primeiro grau não for devidamente respeitado em suas decisões e suas decisões forem sempre reformadas, muitas vezes até sem fundamento, nós teremos mais um fator de inchaço para a Justiça".(Fonte:http://www.conjur.com.br/2009-jan-14/eliana_calmon_juiz_primeira)

São fatos e não hipóteses ou suposições. É a realidade que determina ao Poder Judiciário não esquecer que presta serviço à sociedade. Sua atuação deve ser pautada no que melhor atende ao meio social em que convive e jurisdiciona. O fundamento prisional adotado pelo julgador deve ser prestigiado, porquanto, exercendo suas funções no distrito da culpa, tem percepção privilegiada acerca da repercussão do delito no seio da comunidade, podendo, com mais facilidade, aquilatar a necessidade da prisão.

O Judiciário, em suas decisões, precisa ter sensibilidade para compreender que, efetivamente, a sociedade, cada vez mais, está sendo agredida das mais diversas maneiras e, em assim sendo, não pode privilegiar o interesse individual sobre o interesse maior, ou seja, o da coletividade. É preciso, pois, diminuir a sensação de impunidade.

Quanto à alegação que a manutenção da prisão cautelar do paciente Carlos Costa Júnior acarreta em situação mais gravosa que a própria pena eventualmente aplicada, entendo que não há que se falar em possibilidade de concessão de liberdade provisória com fundamento em pena hipotética a ser aplicada ao réu, não sendo o "habeas corpus" a via adequada para esclarecer essa controvérsia.

Nesse sentido, tenho que o questionamento é objeto de mérito, a ser discutido em momento oportuno, inviável na via estreita do remédio escolhido.

Na via célere e carente de dilação probatória do "habeas corpus", inadmissível questionar o "quantum" da pena eventualmente aplicada aos pacientes. Reconhece-se, na atual etapa processual, mesmo que surgindo a dúvida, esta pode e deve ser decidida em favor da sociedade.

Ainda, ressalto que os pacientes foram denunciados pelos delitos previstos no art. 33, "caput" e 35, "caput", todos da Lei 11.343/06, sendo crime grave, equiparado a hediondo. Em sede de cognição sumária que nos apresenta o "habeas corpus", não há nenhuma segurança em supor a pena aplicada futuramente aos pacientes.

Vislumbro que, embora a Constituição da República consagre o princípio da presunção de inocência, nota-se que ela também autoriza ao longo de seu texto, mais especificamente no seu artigo 5º, inciso LXI, a decretação da prisão preventiva, razão pela qual entendo que havendo fundadas razões para a medida extrema, não há que se falar em constrangimento ilegal por desrespeito a tal princípio.

Ainda, a Constituição da República prevê em seu artigo 5º, inciso LXVI, a possibilidade de concessão de liberdade provisória quando não haja o cabimento da prisão, tida como exceção, contudo, não vislumbro possível o acolhimento de tal argumento, pelo contrário, mostra-se necessária, no caso em tela, a segregação cautelar dos pacientes, vez que o que fica patente é a evidente periculosidade do paciente, a ensejar a necessidade de preservação da ordem pública.

Assim, observo que a manutenção da prisão dos pacientes é lastreada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias colhidas nos autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificando-se satisfatoriamente sobre a presença dos requisitos do art. 312 do CPP, motivo pelo qual não vislumbro qualquer ilegalidade que venha a inquinar referido ato.

Julgo oportuno, nesta ocasião, diante do que está acontecendo, destacar o posicionamento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

"O Poder Judiciário não pode ficar alheio à gravidade do problema de segurança que atormenta os moradores das cidades. E se o Juiz é, como deve ser, homem de seu tempo, atento á realidade dos fatos e ao momento que atravessa, não pode deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando e de maneira quase incontornável, alarmando a população e intranquilizando as famílias. Justo é, em tais circunstâncias, que considere o Tribunal existentes aqueles pressupostos legais que justificaram a prisão preventiva e, em consequência, a custódia do agente (...) que foi preso em flagrante...." ("Revista Trimestral de Jurisprudência", do STF, vol.123, p.548/549)

É possível que apareça alguém para dizer que o posicionamento da 2ª Turma do STF acima destacado nada tem a ver com o caso em tela. Engano. Ora, o tráfico de drogas, com suas consequências, praticamente está por detrás de todos os crimes que estão acontecendo.

Além do mais, na espécie, a prisão preventiva é admissível, também, pela aplicação do art. 313, I, do CPP, pois o crime em tela é doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos e, além disto, consoante explanado acima, se encontram presentes os pressupostos do art. 312, do mesmo Diploma Legal.

Quanto à alegação de que o paciente possui condições pessoais favoráveis, tais como primariedade e residência fixa, certo é que, por si só, não obstam a segregação cautelar, quando verificados outros elementos a recomendam a sua manutenção.

(...)

Insta registrar que a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 317 e seguintes do CPP, outrossim, revela-se inadequada e ineficiente, ante a gravidade do crime e as circunstâncias do fato, demonstradas acima.

Com efeito, o posicionamento da MMª. Juíza de Direito, que terá a responsabilidade de presidir a instrução criminal, merece respaldo dessa Câmara, tendo as teses defensivas sido enfrentadas. A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva e indeferiu a liberdade provisória aos pacientes não merece a cruel censura de ser carente de fundamentação, não havendo nulidade a ser sanada.

Cumprе ressaltar, ainda, que a Resolução nº 05/2012, do Senado Federal que suspendeu, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição da República, do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343 de 23/08/2006, a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos". Ora, a referida Resolução visa o momento em que, após encerrada a instrução criminal, quando de eventual condenação, portanto, nada diz quanto à liberdade provisória no tráfico de drogas.

Diante do exposto, DENEGO A ORDEM (fls. 170/174).

Daí o presente *mandamus*, no qual sustentam as impetrantes a necessidade de concessão da liberdade provisória aos pacientes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Invocam o princípio da legalidade e da presunção de inocência.

Aduzem que "a decretação da preventiva sem lastro concreto, a vedação abstrata e genérica do benefício sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, a necessidade e suficiência da medida e, ainda, a possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, devem ser repudiadas" (fl. 3).

Asserem que a prisão somente poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, o que, a seu ver, não ocorre na espécie.

Acrescentam que "além da prova da existência do crime e dos indícios suficientes da autoria, é preciso que, realmente, a liberdade do acusado coloque em risco a ordem pública, a ordem econômica, a eficaz aplicação da lei penal ou a regular produção de provas" (fl. 3).

Salientam que "o juiz deve justificar de forma concreta e objetiva as razões pelas quais não se mostram adequadas e suficientes as outras medidas cautelares diversas da prisão, sendo esta a *ultima ratio*" (fl. 3).

Afirmam que a prisão dos pacientes foi mantida "em razão da quantidade e variedade de substância apreendida, o *modus operandi*, e a possibilidade de reiteração delitiva; circunstâncias estas, que, devem ser mensuradas na fase da dosimetria, em eventual sentença condenatória; também, não evidenciam, concretamente; o *periculum libertatis*, para a ordem pública" (fls. 4/5).

Argumentam que a vedação legal à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 foi declarada inconstitucional, sendo perfeitamente cabível a concessão do benefício ao paciente.

Afirmam que "até mesmo quando o paciente responde por outros processos criminais ou é reincidente, não há impedimento à concessão da liberdade provisória, pois o instituto da reincidência deverá ser considerado no momento da prolação da sentença (...); é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base (...); a gravidade do delito, o *modus operandi* dos agentes, não servem, isoladamente, como fundamento para a decretação da prisão preventiva ou indeferimento do pedido de liberdade provisória" e que "o processo penal não possui a função de evitar a reiteração delitiva" (fl. 5).

Discorrem sobre a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Sustentam que, se o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que vedava a liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, os demais órgãos jurisdicionais devem acompanhar tal entendimento, ainda que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido em caráter incidental.

Destacam que os pacientes são "cidadãos identificados civilmente e que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possuem residências fixas no distrito da culpa" (fl. 8).

Alegam que "se, condenados, (vez que existe possibilidade de absolvição e/ou de desclassificação para o delito menos grave), pelo menos, ao paciente Carlos renderá ensejo ao reconhecimento da figura privilegiada, cuja pena é menor que 02 anos, poderá ser cumpridas em regime aberto e/ou substituída por medidas restritivas de direito, na esteira da jurisprudência uniformizada pelo próprio TJMG e da Resolução 05, do Senado Federal, publicada em 15/02/2012, que suspendeu a eficácia do § 4º, do Art. 33, da Lei 11343/06, no tocante à vedação da substituição da pena corporal por medidas restritivas de direito" (fl. 8).

Aduzem que "ante a modificação legislativa havida na lei de regência, a manutenção dos pacientes no cárcere, antes da decisão de mérito, é sobremaneira desproporcional ao resultado final, haja vista que dificilmente, serão mantidos no regime fechado" (fl. 8).

Colacionam precedentes em abono à sua tese.

Pleiteiam, ainda, seja garantido aos pacientes o direito de recorrer em liberdade, diante da possível superveniência de sentença condenatória.

Pugnam pelo "deferimento definitivo da ordem, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11343/06, no tocante à vedação à liberdade provisória, por analogia com as decisões proferidas nos HCs 104339/SP, 111840/ES pelo STF e 170735/MG pelo STJ, para revogar o decreto de prisão preventiva e conceder a liberdade provisória, mediante a fixação ou não das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas na Lei 12 403/11, permitindo que os pacientes se defendam soltos até eventual postulação de recursos às Cortes Superiores" (fl. 12).

Pleiteiam, ainda, "considerando a circunstância pessoal do paciente Diego Martins de Miranda, notadamente, no que diz respeito aos registros negativos de sua ficha individual, em reforço às teses acima expendidas (...) a concessão da ordem mediante a fixação de médias cautelares diversas da prisão, ressalvando que nessa fase processual, a reincidência não constitui óbice à sua liberação" (fl. 12).

A liminar foi indeferida às fls. 189/192.

Foram juntadas informações às fls. 197/206, 208/209 e 211/249.

O Ministério Público, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 252/236).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.636 - MG (2012/0206305-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. APREENSÃO DE VULTOSA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário cabível.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, 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.
3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade. Na hipótese, estando a prisão fundamentada na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de droga apreendida com o paciente (428 gramas de maconha), evidencia-se o risco para ordem pública.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se a concessão de liberdade provisória aos pacientes.

Destaque-se, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu." (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. 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.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

No caso, observa-se que, após o julgamento do *habeas corpus* impetrado na origem, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso ordinário cabível.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada.

A prevalecer tal postura, o recurso ordinário tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, II, a, definir que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

A Suprema Corte, sensível a essa problemática, tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou:

Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

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 de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer 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 do 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.

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.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O mesmo órgão julgador, em 21 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 104.045, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a contexto excerto do voto da Relatora:

Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

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.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição.

Ainda com o mesmo norte, podem ser citadas as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luis Fux, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que não se verifica na espécie.

Confiram-se, a propósito, os fundamentos declinados pela magistrada singular para converter a prisão em flagrante em preventiva:

Pelo que se constata houve o auto de prisão em flagrante delito em **decorrência de abordagem por apreensão de 428 g de maconha e ácido bórico, além de balança de precisão.**

(...)

(...) a gravidade do delito aportado são fatores que interferem sobrejamente no pedido apresentado ante a gravidade e a incompatibilidade com as liberações o que torna premente a manutenção de suas custódias para se garantir a ordem pública e conveniência social e da instrução criminal estando presentes os requisitos basilares da prisão preventiva, eis que decreto a prisão preventiva de Diego Martins de Miranda e Carlos Costa Júnior, com espeque no art. 311 e 312 do CPP, e INDEFIRO O PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA (fls. 90/91).

Já o Colegiado estadual assim se manifestou:

No caso em apreço verifica-se a presença dos requisitos do art. 312 do CPP.

Como se sabe, para a manutenção da medida coativa, deve revelar-se no caso concreto uma das quatro finalidades expressas pela Lei: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o assecuramento da aplicação da lei penal.

Além do mais, deve estar presente pelo menos uma das hipóteses estabelecidas no art. 313, incisos e parágrafo único do mesmo Diploma Legal.

Em detida análise dos autos, fls. 17/24, extrai-se que em atendimento a várias denúncias realizadas, **os policiais se reportaram até o local para apuração, sendo encontrada uma sacola plástica contendo três tabletas de substância análoga à "maconha" pesando aproximadamente 400 gramas (quatrocentos gramas), um invólucro com substância análoga a ácido bórico com peso aproximado de um quilo e uma balança de precisão.** Ainda, verifica-se que a denunciada Fernanda, no momento da prisão em flagrante, afirmou que a substância ilícita encontrada era de propriedade de seu companheiro que comercializava drogas juntamente com o ora paciente Diego.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em tela, a averiguação se deu diante a necessidade da apuração de denúncias realizadas relativa ao tráfico de drogas no local. Verifica-se que a imputação atribuída aos pacientes é grave, dotada de grande repercussão e geradora de insegurança no meio social, o que possibilita a indicação objetiva da necessidade da medida constritiva para garantia da ordem pública. Evidente que, somente após a instrução haverá possibilidade de ser comprovada a autoria e a eficiência das providas colhidas nos autos.

Analisando a decisão que indeferiu a liberdade provisória aos pacientes, verifica-se a existência de fundamentos idôneos a sustentá-la, eis que proferida levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, destacando a necessidade de garantia da ordem pública, vejamos, fls. 78/79:

"(...) No que concerne aos demais indiciados a gravidade do delito aportado são fatores que interferem sobejamente no pedido apresentado ante a gravidade e a incompatibilidade com as liberações o que torna premente a manutenção de suas custódias para se garantir a ordem pública e conveniência social da instrução criminal estando presentes os requisitos basilares da prisão preventiva."

Para conveniência da instrução criminal, que precisa ser rápida, para garantia da ordem pública, impõe-se a permanência dos pacientes em cárcere, com o que, a libertação, agora sem dúvida alguma, haveria prejuízo à rapidez que se espera e exige do Poder Judiciário.

Para complicar a situação, entende o STF pela "irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados." (STF. HC 109.236, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011).

Aconselhável trazer à baila a lúcida observação da MINISTRA ELIANA CALMON, Corregedora Nacional de Justiça:

"RESGATE DA DIGNIDADE"

"Juiz de primeira instância deve ser valorizado."

"Enquanto o juiz de primeiro grau não for devidamente respeitado em suas decisões e suas decisões forem sempre reformadas, muitas vezes até sem fundamento, nós teremos mais um fator de inchaço para a Justiça".(Fonte:http://www.conjur.com.br/2009-jan-14/eliana_calmon_juiz_primeira)

São fatos e não hipóteses ou suposições. É a realidade que determina ao Poder Judiciário não esquecer que presta serviço à sociedade. Sua atuação deve ser pautada no que melhor atende ao meio social em que convive e jurisdiciona. O fundamento prisional adotado pelo julgador deve ser prestigiado, porquanto, exercendo suas funções no distrito da culpa, tem percepção privilegiada acerca da repercussão do delito no seio da comunidade, podendo, com mais facilidade, aquilatar a necessidade da prisão.

O Judiciário, em suas decisões, precisa ter sensibilidade para compreender que, efetivamente, a sociedade, cada vez mais, está sendo agredida das mais diversas maneiras e, em assim sendo, não pode privilegiar o interesse individual sobre o interesse maior, ou seja, o da coletividade. É preciso, pois, diminuir a sensação de impunidade.

Quanto à alegação que a manutenção da prisão cautelar do paciente Carlos Costa Júnior acarreta em situação mais gravosa que a própria pena eventualmente aplicada, entendo que não há que se falar em possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão de liberdade provisória com fundamento em pena hipotética a ser aplicada ao réu, não sendo o "habeas corpus" a via adequada para esclarecer essa controvérsia.

Nesse sentido, tenho que o questionamento é objeto de mérito, a ser discutido em momento oportuno, inviável na via estreita do remédio escolhido.

Na via célere e carente de dilação probatória do "habeas corpus", inadmissível questionar o "quantum" da pena eventualmente aplicada aos pacientes. Reconhece-se, na atual etapa processual, mesmo que surgindo a dúvida, esta pode e deve ser decidida em favor da sociedade.

Ainda, ressalto que os pacientes foram denunciados pelos delitos previstos no art. 33, "caput" e 35, "caput", todos da Lei 11.343/06, sendo crime grave, equiparado a hediondo. Em sede de cognição sumária que nos apresenta o "habeas corpus", não há nenhuma segurança em supor a pena aplicada futuramente aos pacientes.

Vislumbro que, embora a Constituição da República consagre o princípio da presunção de inocência, nota-se que ela também autoriza ao longo de seu texto, mais especificamente no seu artigo 5º, inciso LXI, a decretação da prisão preventiva, razão pela qual entendo que havendo fundadas razões para a medida extrema, não há que se falar em constrangimento ilegal por desrespeito a tal princípio.

Ainda, a Constituição da República prevê em seu artigo 5º, inciso LXVI, a possibilidade de concessão de liberdade provisória quando não haja o cabimento da prisão, tida como exceção, contudo, não vislumbro possível o acolhimento de tal argumento, pelo contrário, mostra-se necessária, no caso em tela, a segregação cautelar dos pacientes, vez que o que fica patente é a evidente periculosidade do paciente, a ensejar a necessidade de preservação da ordem pública.

Assim, observo que a manutenção da prisão dos pacientes é lastreada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias colhidas nos autos, justificando-se satisfatoriamente sobre a presença dos requisitos do art. 312 do CPP, motivo pelo qual não vislumbro qualquer ilegalidade que venha a inquinar referido ato.

Julgo oportuno, nesta ocasião, diante do que está acontecendo, destacar o posicionamento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

"O Poder Judiciário não pode ficar alheio à gravidade do problema de segurança que atormenta os moradores das cidades. E se o Juiz é, como deve ser, homem de seu tempo, atento á realidade dos fatos e ao momento que atravessa, não pode deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando e de maneira quase incontornável, alarmando a população e intranquilizando as famílias. Justo é, em tais circunstâncias, que considere o Tribunal existentes aqueles pressupostos legais que justificaram a prisão preventiva e, em consequência, a custódia do agente (...) que foi preso em flagrante...." ("Revista Trimestral de Jurisprudência", do STF, vol.123, p.548/549)

É possível que apareça alguém para dizer que o posicionamento da 2ª Turma do STF acima destacado nada tem a ver com o caso em tela. Engano. Ora, o tráfico de drogas, com suas consequências, praticamente está por detrás de todos os crimes que estão acontecendo.

Além do mais, na espécie, a prisão preventiva é admissível, também, pela aplicação do art. 313, I, do CPP, pois o crime em tela é doloso e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos e, além disto, consoante explanado acima, se encontram presentes os pressupostos do art. 312, do mesmo Diploma Legal.

Quanto à alegação de que o paciente possui condições pessoais favoráveis, tais como primariedade e residência fixa, certo é que, por si só, não obstam a segregação cautelar, quando verificados outros elementos a recomendam a sua manutenção.

(...)

Insta registrar que a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 317 e seguintes do CPP, outrossim, revela-se inadequada e ineficiente, ante a gravidade do crime e as circunstâncias do fato, demonstradas acima.

Com efeito, o posicionamento da MMª. Juíza de Direito, que terá a responsabilidade de presidir a instrução criminal, merece respaldo dessa Câmara, tendo as teses defensivas sido enfrentadas. A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva e indeferiu a liberdade provisória aos pacientes não merece a cruel censura de ser carente de fundamentação, não havendo nulidade a ser sanada.

Cumprе ressaltar, ainda, que a Resolução nº 05/2012, do Senado Federal que suspendeu, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição da República, do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343 de 23/08/2006, a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos". Ora, a referida Resolução visa o momento em que, após encerrada a instrução criminal, quando de eventual condenação, portanto, nada diz quanto à liberdade provisória no tráfico de drogas.

Diante do exposto, DENEGO A ORDEM (fls. 170/174).

Cuida-se, pois, de tráfico de drogas, com a apreensão, em poder dos pacientes, de vultosa quantidade de entorpecente: 428 gramas de maconha.

De tudo quanto apontado, percebo que a gravidade concreta se mostra presente na manutenção de prisão do paciente, calcada na garantia da ordem pública.

De há muito venho me posicionando de forma crítica sobre o conceito fluido *ordem pública*. Sobre o tema, penso ser apropriado lembrar a seguinte lição de TOURINHO FILHO:

"'Ordem pública' é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.

'Comoção social', 'perigosidade do réu', 'crime perverso', 'insensibilidade moral', 'os espalhafatos da mídia', 'reiteradas divulgações pela rádio e pela televisão', 'credibilidade da Justiça', 'idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime', tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica 'ordem pública'. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a 'perturbação da ordem pública', sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'sismógrafos', mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de 'garantir a ordem pública', sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade" (*Manual de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 614-615)

A despeito dos reclamos doutrinários de interpretação restritiva da locução ordem pública, a qual inclusive em uma das versões do PL 4.208/01 (Projeto de Lei sobre medidas cautelares penais, hoje convolado na Lei 12.403/11), fora limitada tão-só aos casos de reiteração delitiva, a jurisprudência desta Casa de Justiça tem-na admitido nas hipóteses de gravidade concreta da imputação, cifrada, no caso concreto, na expressiva quantidade de droga apreendida com os pacientes. Confira-se a propósito:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, POSSE DE OBJETO DESTINADO À FABRICAÇÃO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO, POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RECEPÇÃO (ARTS. 33, 34 E 35, TODOS DA LEI 11.343/06, 180 DO CPB E 12 DA LEI 10.826/03). LEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR FUNDADA NO ÓBICE À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS, PREVISTO NA LEI 8.072/90. PRECEDENTES DO STF E STJ. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE PRESA COM GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS (830,08g. DE COCAÍNA), BALANÇAS DE PRECISÃO, LÂMPADAS, PRENSAS, FORMAS, 2 ARMAS DE FOGO, MUNIÇÃO E CAIXAS DE PISO CERÂMICO FURTADOS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO. 1. A vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5o. LXVI da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, a mudança do art. 2o. da Lei 8.072/90, operada pela Lei 11.464/07, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso e acompanhado por esta Corte. Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, referido óbice apresenta-se reforçado pelo disposto no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que a proíbe expressamente. 2. Ademais, no caso concreto, conforme bem consignado no acórdão impugnado, o indeferimento do pedido de liberdade provisória não se ressentia de fundamentação, em face dos veementes indícios de autoria e materialidade do delito, além da necessidade de proteção da ordem pública, em razão da periculosidade da paciente, evidenciada pelo fato de ter sido flagrada em poder de 830,08g. de cocaína, bem como de balanças de precisão, lâmpadas, prensas, formas e quantia em dinheiro, tudo indicando a prática de traficância na modalidade de produzir a droga em laboratório. Além disso, foi encontrada carga de pisos furtada, uma garrucha de calibre 22, municiada com dois cartuchos intactos, e outras munições do mesmo calibre, uma espingarda cartucheira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, ainda, um cartucho de metralhadora militar, marca "BMW", calibre 44. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (HC 111.041/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008)

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PODER ECONÔMICO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RÉU AVIADOR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. 1. A periculosidade do agente, decorrente da associação permanente com organização criminosa destinada ao tráfico internacional de entorpecentes e da grande quantidade de droga apreendida, constitui fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva a fim garantir a ordem pública. 2. O modus operandi das atividades da organização criminosa, que inclui a utilização de aeronaves para transportar a droga (cocaína) para diversos países, e o fato de o paciente ser experiente aviador constituem elementos concretos de que em liberdade este buscará refúgio no exterior, dificultando ou impossibilitando a aplicação da lei penal. 3. Ordem denegada. (HC 64.346/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2008, DJe 04/08/2008)

Por fim, saliente-se que primariedade, bons antecedentes, residência fixa no distrito da culpa e a condição de usuário não são circunstâncias aptas, *per se*, a infirmarem os fundamentos apresentados para manter a prisão em flagrante do paciente. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes constitui crime inafiançável.

2. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória (HC 76.779/MT, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 4/4/08).

4. A Lei 11.343/06, expressamente, fez constar que o delito de tráfico de drogas é insuscetível de liberdade provisória.

5. O exame das alegações quanto à autoria do delito importa, inexoravelmente, em valoração de matéria fático-probatória, vedada nesta via, devendo tal ser procedida no regular curso da ação penal, à luz do contraditório e da ampla defesa.

6. Eventuais condições pessoais favoráveis ao paciente – tais como primariedade, bons antecedentes, endereço certo, família constituída ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

profissão lícita – não garantem o direito à desconstituição do auto de prisão em flagrante, quando presentes os requisitos legalmente previstos.

7. Ordem denegada.

(HC 134.237/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009)

Assim, tem-se, claramente, de acordo com vasta jurisprudência desta Corte, a afetação da ordem pública, amparada na significativa quantidade de droga apreendida, indicando maior reprovabilidade do comportamento irrogado aos pacientes.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0206305-0

HC 255.636 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000120739719 7397199120128130000

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: DIEGO MARTINS DE MIRANDA (PRESO)
PACIENTE	: CARLOS COSTA JÚNIOR (PRESO)
CORRÉU	: FERNANDA DE MORAIS CHELES
CORRÉU	: PAULO SÉRGIO PORFÍRIO SILVA
CORRÉU	: RAFAEL HENRIQUE TEODORO DA SILVA

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.