



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 85.370 - RJ (2007/0143712-2)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEIVY JOSÉ TEIXEIRA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EVANDRO DUTRA ORNELAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO *WRIT*. LITISPENDÊNCIA NÃO DEMONSTRADA DE PRONTO. PRETENSÃO RECHAÇADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (*ex vi* do art. 105, alínea "a", da CF).

2. Embora se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 109.956/PR, Informativo nº 674), a revisão jurisprudencial (*overruling*). 3. É mister restaurar a consciência da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, isto é, de intérprete da lei federal. É preciso assimilar, com precisão, que não cabe ao Tribunal Superior reexaminar fatos, ou apreciar o grau de justiça das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Federais.

4. Diante desse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

5. Entretanto, como a alteração da jurisprudência ocorreu posteriormente a impetração do presente *writ*, esta Corte de Justiça vem entendendo que a superação do óbice apontado será possível nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser eliminada, situação inócurrenente na espécie.

6. A litispendência, a teor do art. 301, III, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil, de aplicação determinada pelo art. 110 do Código de Processo Penal, se verifica quando dois processos em curso possuem os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmos elementos da ação, vale dizer, identidade de partes, pedido e causa de pedir.

7. No caso, não se observa, de plano, a ocorrência da alegada litispendência a justificar o trancamento da ação penal. Conforme assentado pelo Tribunal de origem, as peças acusatórias em questão não procedem à narrativa de um mesmo fato delituoso, bem como não oferecem, em princípio, uma identidade inequívoca a respeito dos crimes cometidos pelo paciente, tampouco levando a crer que um deles, mais amplo, conteria o outro.

8. Como é sabido, o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, é medida excepcional, principalmente no caso em que os fatos e provas já foram amplamente apreciados no curso de ambos os processos, sendo a matéria, inclusive, devolvida ao Tribunal de origem, quando do julgamento dos recursos de apelação.

9. Assim, alegação de litispendência, na hipótese, não pode ser atestada sem o profundo exame do acervo probatório produzido nas instâncias ordinárias, o que é vedado em sede de *habeas corpus*.

10. *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, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 02 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 85.370 - RJ (2007/0143712-2)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Evandro Dutra Ornelas, denunciado como incurso nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ (Processo nº 2005.021.014380-0), contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que denegou o *writ* ali manejado, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS - ARTIGO 12 E 14 DA LEI 6368/76 - EXTINÇÃO DO FEITO POR LITISPENDÊNCIA A PROCESSO JULGADO PELA 2ª VARA DE DUQUE DE CAXIAS - INOCORRÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTENTE - DENEGAÇÃO DA ORDEM - UNÂNIME.

*Paciente objetiva através do presente 'writ' seja extinto o processo que tramita diante do Juízo de Duque de Caxias, visto que está caracterizado a litispendência com o processo que foi julgado e condenado perante a 2ª Vara Criminal de Nilópolis. **A litispendência aqui pretendida não deve prosperar, porquanto foi o paciente processado e condenado em Nilópolis por um fato específico, ter sido encontrado no interior da mala do carro que dirigia 3.904g (três mil novecentos e quatro gramas) da substância entorpecente 'cannabis sativa L', maconha, acondicionada em tabletes envoltos por fitas adesivas marrom, levando a droga para Paty do Alferes, com o objetivo de abastecer o tráfico naquela região, e na ação que responde em Duque de Caxias está sendo imputado fato delituoso mais amplo, qual seja, ser o responsável, dentro da quadrilha de tráfico de entorpecente, pelo transporte e distribuição de drogas pelo Estado do Rio de Janeiro. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem que se denega.** (e-fls. 28/29).*

Vem agora a presente ordem, substitutiva de recurso ordinário, onde se busca o reconhecimento da litispendência entre a ação penal, de que aqui se cuida, e a de nº 2006.036.001986-0, em trâmite na Comarca de Nilópolis/RJ, na qual o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

já foi processado e condenado como incurso no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, II, da Lei nº 6.368/1976, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, além do pagamento de 70 (setenta) dias-multa.

Indeferida a liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 85.370 - RJ (2007/0143712-2)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Uma releitura do *habeas corpus*, nos moldes da que tem feito o Supremo Tribunal Federal, revela-se premente.

A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional.

No que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, a Carta Política estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário. Leia-se o art. 105, alínea "a":

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

*II – julgar, em **recurso ordinário**:*

I. os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão for denegatória.

Daí não parecer salutar que esta Corte continue a admitir a impetração de *habeas corpus* (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias.

Assim, conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a revisão de nossa jurisprudência (*overruling*).

Confira-se julgamento da Primeira Turma do STF, realizado em 7/8/2012,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no Habeas Corpus nº 109.956/PR, noticiado no Informativo nº 674 do STF:

É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do writ. HC 109956/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 7.8.2012. (HC n.º 109.956)

Transcrevo o que disse o Ministro Marco Aurélio, no voto condutor:

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 a ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Observe-se, tomando-se por base o fato de que a Constituição não pode guardar, em si mesma, antinomias, eventual conflito aparente entre suas regras deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser solucionado com o critério da especialidade, ao tempo em que colisões entre princípios devem ser resolvidas com o método da ponderação de valores.

Nessa quadra, a existência de previsão específica, no art. 105, II, "a", da CF, de cabimento de recurso ordinário contra decisões denegatórias de *habeas corpus* exclui toda e qualquer interpretação no sentido de autorizar o manejo do *writ* originário nesta Corte, substitutivo de recurso ordinário, com fundamento no art. 105, I, "c", da CF.

Acrescente-se que o revigoramento, na jurisprudência, do recurso ordinário, cuja fonte se encontra na própria Carta Política, andarà em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, que consubstanciam verdadeiro norte no processo de interpretação e concretização do texto constitucional. Relembrando Konrad Hesse, *"a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa, dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"*, assim, *"quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa"* (in *A Força Normativa da Constituição – Die normative Kraft der Verfassung*, trad.: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1991, pp. 22/24).

Não se ignora – é verdade – que, nos últimos anos, assistiu-se a um aumento vertiginoso no número de *habeas corpus* que aportaram neste Tribunal, inclusive como sucedâneos de recursos previstos constitucionalmente, tais como o ordinário e o especial, fruto inegável da abrangência que se conferiu a esta ação-garantia destinada precipuamente à tutela da liberdade de locomoção.

Sem embargo, tal incremento estatístico, é preciso reconhecer, tem comprometido, em muito, a eficiência da prestação jurisdicional e prejudicado a duração razoável dos processos, além do que, resultado no próprio desvirtuamento da natureza do *writ*, não só aqui, mas nos diversos Tribunais da Federação, visto que este instrumento tem se prestado como remédio à cura dos males processuais mais diversos, a despeito da existência de recursos próprios.

É mister restaurar a consciência da missão constitucional do Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça, isto é, de intérprete da lei federal. É preciso assimilar, com precisão, que não cabe ao Tribunal Superior reexaminar fatos, ou apreciar o grau de justiça das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Federais.

Lado outro, é importante que se opere uma releitura do *habeas corpus*. O objetivo dessa ação de magnitude constitucional é a tutela da liberdade de locomoção, de salvaguarda contra arbitrariedades porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático.

É nesse contexto que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

A exemplo, vejam-se os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a 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.

2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via eleita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

4. In casu, a Defesa conformou-se com a sentença condenatória e, após o trânsito em julgado, impetrou o prévio writ. O Tribunal de origem não conheceu do *habeas corpus*, assentando inexistir ilegalidade evidente e indicando o cabimento de revisão criminal. O acórdão impugnado encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a quem não incumbe apreciar o mérito das teses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defensivas, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC n.º 160.697/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/3/2012)

HABEAS CORPUS. TEMAS JÁ APRECIADOS EM APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO EM CONHECER WRIT ORIGINÁRIO. RACIONALIZAÇÃO DO USO DO REMÉDIO HERÓICO. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme preceituado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura: "é imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal." (HC 117.696/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011)

2. Mesmo sendo o habeas corpus um dos remédios constitucionais destinados a tutelar um dos bens mais importantes - a liberdade -, o seu emprego deve submeter-se às hipóteses de cabimento.

3. No caso, as matérias ventiladas no writ originário são complexas, razão pela qual a apreciação destas por meio de habeas corpus encontra-se obstada, em face do âmbito cognitivo do remédio heroico. Portanto, não há falar em ilegalidade ou arbitrariedade da decisão que não conhece do mandamus primevo, motivo pelo qual a insurgência deve ser aviada por meio de outro instrumento processual mais adequado.

4. Ordem denegada.

(HC n.º 220.301/TO, Relator o Desembargador convocado Vasco Della Giustina TJ/RS, DJe de 19/12/2011)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, o impetrante interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena imposta - questões que também demandariam o revolvimento do contexto fático probatório -, não pode ser substituído pelo habeas corpus, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

III. Ordem não conhecida.

(HC n.º 200.077/MS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17/8/2011)

Do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REAPRECIAÇÃO DE PROVA. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Habeas Corpus, instrumento de tutela primacial de liberdade de locomoção contra ato ilegal ou abusivo, tem como escopo precípuo a liberdade de ir e vir.

2. Deveras, a cognominada doutrina brasileira do Habeas Corpus ampliou-lhe o espectro de cabimento, mercê de tê-lo mantido como instrumental à liberdade de locomoção.

3. A inadmissibilidade do writ justifica-se toda vez que a sua utilização revela banalização da garantia constitucional ou substituição do recuso cabível, com inegável supressão de instância.

4. Consectariamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que não cabe Habeas Corpus: a) Nas hipóteses sujeitas à pena de multa (Súmula 693 do STF); b) Nas punições em que extinta a punibilidade (Súmula 695 do STF); c) Nas hipóteses disciplinares militares (art. 142 § 2 da CRFB), salvo para apreciação dos pressupostos da legalidade de sua inflicção; d) Nas hipóteses em que o ato Atacado não afeta o direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de locomoção; vedada a aplicação do princípio da fungibilidade; e) Nos afastamentos dos cargos públicos por questões penais ou administrativos; f) Na preservação de direitos fundamentais que não a liberdade da locomoção de ir e vir, salvo manifesta teratologia e influência na liberdade de locomoção; g) Contra decisão de relator de Tribunal de Superior ou juiz em writ originário, que não concede o provimento liminar, porquanto erige prejudicialidade no julgamento do próprio meritum causae; h) Contra decisão de não conhecimento de writ nos Tribunal de Superior uma vez que a cognição meritória do habeas corpus pelo STF supressão de instância; salvo manifesta teratologia ou decisão contrária à jurisprudência dominante ou pela Corte Suprema.

5. A supressão de instância, por constituir error in procedendo, impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores. Precedentes (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 094; HC 97.761/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 79.551/SP, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 73.390/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 81.115/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão).

6. A análise dos elementos de convicção acerca das circunstâncias avaliadas negativamente na sentença condenatória não é compatível com a via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes (HC 97058, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010).

7. In casu, o impetrante busca: (i) a supressão da circunstância judicial da alta culpabilidade, fulcrada no longo iter criminis percorrido, já que o Tribunal de Justiça eliminou a causa de aumento de pena da interestadualidade; (ii) a exclusão da circunstância judicial da elevada quantidade de droga, por ser o próprio elemento do tipo; (iii) o reconhecimento da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois, embora inexistente pedido nas instâncias anteriores, o STJ deveria ter concedido habeas corpus de ofício para esse fim, considerando que a quantidade de droga deve ser apreciada na primeira fase de fixação da pena, não na terceira; (iv) uma vez reconhecendo-se a minorante do "tráfico privilegiado", objeto do pedido anterior, o reconhecimento da possibilidade de a paciente cumprir a pena em regime aberto, bem como a sua substituição por pena restritiva de direitos.

8. Os argumentos aviados no presente writ que envolvam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não são passíveis de cognição nesta sede, porquanto matérias não suscitadas perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

9. Deveras, assiste razão ao Ministério Público, ao assentar: "Embora o uso do transporte público interurbano tenha sido valorado na terceira fase e o Tribunal estadual tenha afastado a interestadualidade, reconhecendo que "a ré iniciou e concluiu o delito dentro do Estado de Mato Grosso do Sul", as demais circunstâncias valoradas pela sentença (natureza e quantidade da droga) são suficientes para autorizar o acréscimo de seis meses na pena-base (art. 42 da Lei n.º 11.343/06)."

10. O habeas corpus, in casu, foi utilizado em substituição ao Recurso Ordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela Lei, motivo pelo qual não deve ser conhecido.

11. O art. 42 da Lei 11.343/06 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto, permitindo ao magistrado, portanto, elevar a pena base em razão da elevada quantidade de droga.

12. A análise da culpabilidade do agente tem cunho subjetivo, devendo ser realizada pelas instâncias inferiores, afigurando-se inapropriada a sua aferição em sede de habeas corpus, máxime diante da ausência de toda e qualquer teratologia da decisão.

13. Ordem denegada.

(HC n.º 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/2011)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. CONTROVÉRSIA SOBRE O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE TRANSITOU EM JULGADO PELA NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ATO COATOR EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA QUAL SE PRETENDIA A REDUÇÃO DA PENA BASE FIXADA NA CONDENAÇÃO DO PACIENTE, INVIÁVEL EM HABEAS CORPUS.

1. Este Supremo Tribunal assentou não ser possível o conhecimento de habeas corpus quando não interposto o recurso cabível para provocar o reexame da matéria objeto da impetração. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não se presta o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente. Precedentes.

3. Ordem denegada.

(HC n.º 110.152/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/6/2012)

De se ver recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal, de 21/8/2012:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 6/9/2012)

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se a sua rejeição.

Impende ressaltar, em casos que tais, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação incorrente na espécie.

Com efeito, a litispendência, a teor do artigo 301, III, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil, de aplicação determinada pelo art. 110 do Código de Processo Penal, se verifica quando dois processos em curso possuem os mesmos elementos da ação, vale dizer, identidade de partes, pedido e causa de pedir.

In casu, o Tribunal de origem, adotando os argumentos expendidos pelo Juiz de primeiro grau, consignou não existir litispendência entre o Processo nº 2005.021.014380-0, da Vara Criminal de Duque de Caxias e o feito nº 2006.036.001986-0, da 2ª Vara Criminal de Nilópolis, ambas do Rio de Janeiro, anotando, *verbis*:

Das informações prestadas pela d. Autoridade judiciária apontada como coatora, verifica-se que foi o paciente denunciado na Vara Criminal de Duque de Caxias, com outros sete elementos, por infração comportamental aos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, n/f do artigo 60 do Código Penal, porquanto seria o responsável pelo transporte de distribuição de entorpecentes pelo Estado do Rio de Janeiro.

Quanto ao processo que respondeu e restou condenado o paciente junto a 2ª Vara de Nilópolis, lhe foi imputado o crime previsto no art. 12 c/c o art. 18, II, ambos da Lei nº 6.368/76, porque no dia 29 de março de 2006, transportava na mala do veículo GM/Monza placa KQW 3672, 3.904g (três mil novecentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e quatro gramas) da substância entorpecentes "canabis sativa", maconha, acondicionada em tabletes envoltos por fitas adesivas marrom, levando a droga para Paty do Alferes, com o objetivo de abastecer o tráfico naquela região.

*Portanto, observa-se que a litispendência aqui pretendida não deve prosperar, **porquanto foi o paciente processando e condenado em Nilópolis por um fato específico, e na ação que responde em Duque de Caxias está sendo imputado fato delituoso mais amplo**, qual seja, ser o responsável, dentro da quadrilha de tráfico de entorpecente, pelo transporte e distribuição de drogas pelo Estado do Rio de Janeiro.*

Nesse contexto, não se observa, de plano, a ocorrência da alegada litispendência a justificar o trancamento da ação penal. Como visto, conforme assentado pelo Tribunal de origem, as peças acusatórias não procedem à narrativa de um mesmo fato delituoso, bem como não oferecem, em princípio, uma identidade inequívoca a respeito dos crimes cometidos pelo paciente, tampouco levando a crer que um deles, mais amplo, conteria o outro.

Como bem ressaltado pela Subprocuradoria-Geral da República, a denúncia ofertada perante a 2ª Vara Criminal de Nilópolis descreve crime ocorrido na data de 29/03/2006, e praticado pelo ora paciente, eis que naquela data foi preso em flagrante transportando na mala de um veículo 3.904 g (três mil, novecentos e quatro) gramas de maconha, que seria levada para Paty do Alferes, com o objetivo de abastecer o tráfico daquela região.

Por tais fatos, veio a ser condenado como incurso no artigo 12, *caput*, c/c o art. 18, II, da Lei nº 6.368/1976, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, além do pagamento de 70 (setenta) dias-multa.

A peça acusatória de e-fls. 90/101 – oferecida perante a Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ –, por sua vez, ocupa-se em denunciar o ora paciente pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, uma vez que, no período de 2005 a 2006, teria se associado a Antônio de Souza Ferreira, Maria Madalena Bezerra dos Anjos, Alda Inês dos Anjos de Oliveira, Juliano da Silva Gonçalves, Vinícius Pinto Martins, Roberto de Souza Ferreira e Ronaldo de Souza Ferreira e, juntos, passaram a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comandar o tráfico nas favelas do Complexo do Alemão.

A referida exordial acusatória, fundada em indícios obtidos durante as investigações preliminares, inclusive escutas telefônicas, descreve que o paciente era "o responsável pelo transporte e distribuição do entorpecente no Estado do Rio de Janeiro", destacando que ele "utilizava-se da sua condição de policial militar para não despertar suspeitas e incrementar a atividade da quadrilha; (...) fazia negociação do material entorpecente ora vendendo, ora comprando e até mesmo orientando os varejistas da mercancia ilícita"; (...) mantinha estreita relação com as 3 e 4 denunciadas: Maria Madalena e Alda Inês, mãe e filha – personagens conhecidíssimas do tráfico ilícito de entorpecentes no Rio de Janeiro, sendo Alda ex-mulher do traficante Fernandinho Beira Mar e atual namorada de Evandro."

Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na internet, constata-se que a Ação Penal nº 2005.021.014380-0, da Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ, também já foi julgada, tendo sido proferida sentença condenatória contra o paciente, confirmada em sede de apelação. Esse processo tramitar em segredo de justiça, razão pela qual não foi possível obter maiores informações respeito de sua condenação.

Diante desse contexto, não há como reconhecer que as condutas descritas em cada uma delas configuraram um só crime, mormente se as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, se convenceram em sentido contrário à pretensão do impetrante.

Como é sabido, o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, é medida excepcional, principalmente no caso em que os fatos e provas já foram amplamente apreciados no curso do processo, sendo a matéria, inclusive, devolvida ao Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação.

Assim, alegação de litispendência, na hipótese, não pode ser atestada sem o profundo exame do acervo probatório produzido nas instâncias ordinárias, o que é vedado em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido, vejam-se os precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. LITISPENDÊNCIA. PACIENTE PROCESSADO EM DOIS PROCESSOS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PERMANENTE. SENTENÇA PROFERIDA EM UM DOS FEITOS. COISA JULGADA. IDENTIDADE APENAS QUANTO AOS TIPOS PENAIS. FATOS TOTALMENTE DIVERSOS. FLAGRANTES DISTINTOS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL INVIÁVEL.

1. O crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, de natureza permanente, a despeito de envolver a prática reiterada de atos, caracterizando unidade jurídica e, por conseguinte, ação penal única, não descarta a possibilidade de instauração de feitos diversos se, após a prisão em flagrante e liberação do paciente, os atos potencialmente ofensivos continuaram ocorrendo, dando ensejo à outra lavratura de auto de flagrante delito.

2. **Inviável acolher-se o pleito de trancamento da ação penal pelo reconhecimento da ocorrência do instituto processual da coisa julgada e do vedado bis in idem se as denúncias insertas nos processos, apesar de capituladas parcialmente em delitos idênticos, narram fatos diferentes e descrevem crimes de narcotráfico decorrentes de prisões em flagrante distintas, e procedidas em contexto totalmente diversos.**

3. Ordem denegada.

(HC nº 107.760/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 15/6/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 138, CAPUT, DO CP. LITISPENDÊNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRANSAÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS FINDOS.

I - In casu, a verificação da litispendência entre duas ações penais, exigiria, necessariamente, o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes).

II – Não obstante o entendimento de que a Lei 10.259/01, tal como a Lei 9.099/95, tem aplicação retroativa, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência em virtude do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no art. 5º, XL da atual Carta Magna, certo é que a mesma não pode ser aplicada em processos já findos, cuja sentença condenatória tenha transitado em julgado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus denegado.

(HC nº 59.267/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJ 10/9/2007)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. LITISPENDÊNCIA. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A análise acerca da existência ou não de litispendência entre ações demanda aprofundado exame no contexto fático-probatório, inviável pela via eleita, devendo ser apreciado em momento processual oportuno.

2. Recurso improvido.

(RHC nº 18.867/PR, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 08/09/2008)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO, COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME E QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE LITISPENDÊNCIA E BIS IN IDEM. IMPROCEDÊNCIA. ANÁLISE MINUCIOSA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. Não procedem as alegações de litispendência e bis in idem, tendo em vista que as denúncias ofertadas contra o Paciente tratam de acusações distintas.

2. Para se reconhecer, na hipótese dos autos, a existência de dupla acusação do Paciente pelos mesmos fatos, seria imprescindível o exame minucioso de matéria fático-probatória, que não se mostra possível na via do writ. Precedentes.

3. Ordem denegada.

(HC nº 78.488/MG, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 8/2/2010)

Não se afigurando flagrante e incontroversa a tese de litispendência defendida pela defesa, impõe-se a rejeição do presente *mandamus*.

Ante o exposto, meu voto NÃO CONHECE do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0143712-2

HC 85.370 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050210143800 200605906969 70472006

EM MESA

JULGADO: 02/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEIVY JOSÉ TEIXEIRA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EVANDRO DUTRA ORNELAS (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia 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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.