



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.188 - SP (2010/0185704-2)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : WILLIAN ROBERTO ROSILIO
PACIENTE : WILSON ROBERTO ROSILHO
PACIENTE : JOSÉ DAGOBERTO RIBEIRO ARANHA

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*. ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. EXAME DE CORPO DE DELITO. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS. ALEGAÇÃO CONTROVERTIDA. REEXAME PROFUNDO DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXAME INDIRETO. LEGALIDADE.

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,II,alínea "a", da CF).

2. Esta Corte não deve continuar 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.

3. 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* n.º 109.956/PR, Informativo n.º 674), a revisão jurisprudencial.

4. A modificação desse entendimento representa o revigoramento, na jurisprudência, do recurso ordinário, cuja fonte se encontra na própria Carta Política e, por isso mesmo, 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.

5. É preciso que se opere uma releitura do *habeas corpus*, cujo objetivo é a tutela da liberdade de locomoção, de salvaguarda contra arbitrariedades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático.

6. Nesse 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.

7. Verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de corrigir o constrangimento ilegal, situação inócua na espécie.

8. Crimes que deixam vestígios passíveis de constatação e registro obriga, no campo probatório, à realização de exame de corpo de delito. Entretanto, mesmo quando se está diante de crimes dessa natureza, é possível suprir, supletivamente pela via indireta, a impossibilidade de realização do exame direto. Isso se dá, por exemplo, quando há o total desaparecimento desses vestígios.

9. Hipótese bastante complexa e que envolve diversos acusados (10 pessoas), tendo a busca e apreensão determinada pelo Juízo durante as investigações culminado na apreensão de vasta documentação (não só de notas fiscais). Para se ter uma idéia da amplitude do feito, à e-fl. 362 há informação de que foi determinada, pelo Juízo de piso, a extração de cópia dos documentos acostados aos autos e isso significou aproximadamente 6.154 folhas (32 volumes).

10. Diante desse controvertido quadro fático, insuscetível de ser dirimido pela via estreita escolhida, não vejo como se extinguir ação penal sob o argumento de ausência de perícia, principalmente se levado em consideração o fato de que o exame de corpo de delito direto (análise das próprias notas fiscais e documentos alegados como essenciais) pode ser suprido pelo indireto (outros documentos que também foram apreendidos).

11. Ordem prejudicada em parte e, no mais, não conhecida.

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, julgar prejudicado em parte o *habeas corpus*, e no mais, não conhecer a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 04 de outubro de 2012 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.188 - SP (2010/0185704-2)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de Willian Roberto Rosilio, Wilson Roberto Rosilio e José Dagoberto Ribeiro Aranha, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem lá impetrada, nos termos desta ementa (e-fl. 759):

HABEAS CORPUS - AÇÃO PENAL - JUSTA CAUSA - AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA.

1. Habeas corpus destinado a viabilizar o trancamento da ação penal por considerá-la desprovida de justa causa ante a ausência de prova de materialidade delitiva (suposto extravio de documentação fiscal).

2. O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, reservada para hipóteses de evidente ausência de justa causa.

3. O pedido de restituição de notas fiscais foi desmembrado dos autos da ação penal originária e seu desfecho ainda não foi alcançado. Inexistência de impedimento efetivo a colheita e apuração de corpo de delito.

4. Compete ao juiz Impetrado, ao longo da instrução processual e a partir do exame do conjunto fático-probatório, aquilatar a pertinência da produção da prova contábil, confirmando ou não a procedência da acusação.

5. Ordem denegada.

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados pela suposta prática dos delitos previstos no art. 171, *caput*, e art. 288 do Código Penal; artigo 1º, incisos V e VII, art. 1º, § 1º, incisos I e II, e art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.613/98.

No presente *writ*, sustentam os impetrantes, em síntese, que muito embora os crimes que são imputados aos pacientes deixem vestígios, não foi realizado o devido exame de corpo de delito durante a fase investigatória, o que inviabilizaria o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

início e o prosseguimento da ação penal por falta de justa causa.

Aduz, por fim, que toda a documentação contábil apreendida foi extraviada o que impediu o exame do corpo de delito, acarretando assim a ausência de um lastro probatório mínimo para início da persecução penal. Requer, diante disso, o trancamento da ação penal.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.188 - SP (2010/0185704-2)

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, II, 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 nº 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

guardar, em si mesma, antinomias, eventual conflito aparente entre suas regras deve 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 defensivas, sob pena de indevida supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC nº 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 nº 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 Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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 precípua 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 inflição; d) Nas hipóteses em que o ato Atacado não afeta o direito de locomoção; vedada a aplicação do princípio da fungibilidade; e) Nos afastamentos dos cargos públicos por questões penais ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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 nº 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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC nº 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado.

(HC nº 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.

No caso, não verifico a ocorrência de ilegalidade manifesta que justifique a concessão da ordem de ofício.

Com efeito, conforme informações prestadas pelo Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo (e-fl. 784), a punibilidade foi extinta quanto ao paciente Willian Roberto Rosilio, em razão de seu óbito.

Prossigo, portanto, à análise da impetração somente em relação aos demais pacientes (Wilson Roberto Rosilio e José Dagoberto Ribeiro Aranha), cuja exordial acusatória lhes imputam os crimes de estelionato, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro porque, na condição de proprietários de fato da fábrica de cigarros Fenton Ind. Com. de Cigarros Imp. Exp. Ltda. estariam envolvidos em suposta comercialização irregular de insumos e de cigarros produzidos em território nacional.

A pretensão estampada na inicial é de que seja trancada a ação penal sob os seguintes fundamentos:

1) Não foi produzido, durante a fase investigatória, o exame de corpo de delito, em observância ao que determina o art. 158, do CPP; segundo a impetração, "é incontroversa a exigência do exame de corpo delito quando a imputação versar sobre os crimes tipificados nos artigos 171, *caput*, e 1º, incisos V e VII, § 1º, incisos I e II, e 2º, inciso I, da Lei nº 9.613, de 3.3.1998 ('Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro'), porquanto estes são *delicta facti permanentis*." (e-fl. 1)

2) As notas fiscais e toda documentação contábil, obtidos por meio de busca e apreensão estão desaparecidos, vale dizer, todo o corpo de delito estaria, segundo os impetrantes, extraviados o que impossibilitaria o seu exame, com reflexos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive, na ampla defesa e contraditório.

Não há dúvidas de que crimes que "deixam rastros passíveis de constatação e registro", obriga, "no campo das provas, à realização de exame de corpo de delito" (c.f. Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 367.)

Entretanto, mesmo quando se está diante de crimes que deixam vestígios, é possível suprir, supletivamente pela via indireta, a impossibilidade de realização do exame direto. Isso se dá, por exemplo, quando há o total desaparecimento desses rastros ou vestígios.

Nesse sentido é a pacífica jurisprudência desta Corte, da qual destaco o seguinte aresto:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP. PREJUDICADO.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art.159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.

Entender em sentido contrário exigiria o reexame do material fático-probatório, o que não é possível nesta via (Súmula 07/STJ).

II - Tendo em vista o não reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração da coisa, resta prejudicado o pedido de afastamento do privilégio constante do art. 155, § 2º, do CP.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(Resp nº 1.053.043/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe de 10/11/2008)

Além disso, a falta do exame de corpo de delito direto antes do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oferecimento da denúncia não é causa de nulidade, conforme sólido entendimento desta Corte, uma vez que esse exame pode ser realizado a qualquer tempo, mesmo após iniciada a ação penal respectiva. Nesse sentido destaca o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS DECLARATÓRIO DE NULIDADE PROCESSUAL E DESCONSTITUTIVO DE PRISÃO PREVENTIVA. FURTO QUALIFICADO, APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA E ESTELIONATO PRATICADO POR MEIO DE CHEQUE. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. REGULARIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. PACIENTE QUE SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO, TENDO SIDO ESGOTADOS TODOS OS MEIOS RAZOÁVEIS PARA SUA CITAÇÃO PESSOAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA DESACOMPANHADA DO EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO. CHEQUES EXTRAVIADOS. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME. PEDIDO DE MICROFILMAGEM E PERICIA EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERROGATÓRIO DA RÉ POR SE ENCONTRAR EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DE AUTORIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PACIENTE QUE SE EVADIU DO PAÍS ASSIM QUE SE INICIARAM AS INVESTIGAÇÕES. IRREGULARIDADE DA TIPIFICAÇÃO DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Ao contrário do que foi alegado, o MM. Juiz de Direito cumpriu rigorosamente a lei, determinando, primeiramente, a citação pessoal da acusada por meio de Oficial de Justiça, que restou frustrada ante a informação de que a paciente estaria residindo nos EUA. Descabe ao Judiciário realizar diligências excepcionais para a localização do acusado, mormente daquele que passa a viver fora do País, sem deixar informação confiável sobre o seu paradeiro.

2. A falta do exame de corpo de delito direto antes do recebimento da denúncia não é causa de nulidade. A despeito de o referido exame ser, em regra, realizado antes do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oferecimento da denúncia, tal fato não se apresenta como uma exigência intransponível, capaz de determinar a nulidade de toda a Ação Penal, até porque o exame de corpo de delito pode ser realizado a qualquer tempo e a sua falta pode ser suprida pelo exame de corpo de delito indireto e pela prova testemunhal.

3. *In casu, não foi possível a recuperação dos cheques furtados ou apropriados pela acusada, que os repassou a terceiros. A realização de perícia técnica já foi providenciada, tendo sido determinada a expedição de ofício às instituições bancárias para que encaminhem a microfilmagem dos cheques.*

4. *A autoridade coatora, em verdade, não se negou a interrogar a coacta, apenas não pôde fazê-lo pelo fato de estar foragida. Em consulta ao processo no endereço eletrônico do TJPA, verifica-se que em 27.11.2007, a defesa foi intimada a apresentar Defesa Prévia; dessa forma, restam superadas as alegações de violação ao princípio constitucional da ampla defesa.*

5. *A apreciação da tese de negativa de autoria demandaria exacerbada dilação probatória, inviável na via estreita do Habeas Corpus.*

6. *Resta ainda presente o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal para a manutenção do decreto de prisão preventiva. Resta satisfatoriamente comprovado nos autos que a paciente se evadiu do distrito da culpa assim que se iniciaram as investigações, ausente ainda prova de que efetivamente reside no endereço declinado por seu Advogado.*

7. *Quanto a inconformidade pela tipificação dos fatos narrados na denúncia, não se pode conhecer do writ, neste aspecto, uma vez que o tema não foi objeto de debate e discussão no Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância.*

8. *HC parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem, em consonância com o parecer ministerial.*

(HC nº 102.187/PA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 8.3.2010)

No caso, afirmam os impetrantes que as notas fiscais e outros documentos apreendidos pela operação policial desencadeadora da presente ação penal teriam sido extraviados.

Entretanto, esse suposto extravio sequer está comprovado nos autos, conforme destacou o acórdão impugnado (e-fl. 757):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O alegado extravio de parte da documentação acostada aos autos de busca e apreensão - notadamente notas fiscais - não tem o condão de, como tenta fazer crer a defesa, imediatamente sobrestar e tampouco trancar a ação penal promovida contra o paciente.

*Segundo teor das informações e documentos acostados às fls. 21/351, **a afirmação da defesa está longe de ser fato incontroverso, eis que o pedido de restituição de notas fiscais foi desmembrado dos autos da ação penal originária e seu desfecho ainda não foi alcançado.***

Ou seja: não há, ao contrário do que foi dito, impedimento efetivo a colheita e apuração de corpo de delito.

É bom que se diga que o caso é bastante complexo e envolve diversos acusados (10 pessoas), tendo a busca e apreensão sido determinadas pelo Juízo durante as investigações culminado na apreensão de vasta documentação (não só de notas fiscais).

Para se ter uma ideia da complexidade do feito, à e-fl. 362, há informação de que foi determinada pelo Juízo de piso a extração de cópia dos documentos acostados aos autos e isso significou aproximadamente 6.154 folhas (32 volumes).

Diante desse controvertido quadro fático, insuscetível de ser dirimido pela via estreita escolhida, não vejo como se extinguir ação penal sob o argumento de ausência de perícia, principalmente se levado em consideração o fato de que o exame de corpo de delito direto (análise das próprias notas fiscais e documentos alegados como essenciais) pode ser suprido pelo indireto (outros documentos que também foram apreendidos, por exemplo).

Por tais fundamentos, **julgo prejudicado em parte o habeas corpus e, no mais, não conheço do pedido.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0185704-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 187.188 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200761190079947
72942420074036181

200761810072940

201003000054061

54063120104030000

EM MESA

JULGADO: 04/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: WILLIAN ROBERTO ROSILIO
PACIENTE	: WILSON ROBERTO ROSILHO
PACIENTE	: JOSÉ DAGOBERTO RIBEIRO ARANHA
CORRÉU	: ANDRE SALGUEIRO DE MORAES
CORRÉU	: CARLOS ALBERTO FIEVGELEWSKI
CORRÉU	: HAMILTON SANTO ANASTACIO
CORRÉU	: JOSÉ EDNO COSTA
CORRÉU	: LUIZ AUGUSTO DO VALLE DE LIMA
CORRÉU	: MÁRCIO CONSTANTINI MIRANDA
CORRÉU	: ROMILDA DE OLIVEIRA GRINBERG

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio

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, julgou prejudicado em parte o habeas corpus, e no mais, não conheceu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.