



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.744 - RJ (2012/0078305-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
ADVOGADO : ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCONI ESTANEK ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. **2.** ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE **WRIT**. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **3.** QUADRILHA ARMADA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. **4.** ORDEM NÃO CONHECIDA. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e na funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. No caso, a custódia foi mantida considerando-se exclusivamente a gravidade abstrata do crime - fundamentação inidônea. Precedente.

4. Não se mostra como fundamento suficiente para a decretação da custódia cautelar a simples referência ao delito em si e à sua repercussão social, sem que se aponte elementos concretos indicadores da necessidade da medida extrema.

5. Tem-se claro, destarte, que o que se pretende, com a combatida medida, é antecipar o cumprimento de eventual condenação, atribuindo-lhe caráter de punição, o que não se pode admitir.

6. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido de ofício para cassar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.744 - RJ (2012/0078305-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marconi Estanek Rocha, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Foi o paciente - e outros sete corréus - denunciado, em 14 de fevereiro de 2012, em razão dos seguintes fatos (fls. 55/61):

Em data que não se pode especificar, mas anterior a 08 de fevereiro de 2011, os denunciados, em comunhão de ações e desígnios, associaram-se de forma estável e permanente, para o fim de praticar crime contra o patrimônio nesta comarca de Duque de Caxias, mas especificamente nos bairros de Gramacho e Jardim Primavera.

Segundo consta nos autos os galpões utilizados pela quadrilha criminosa para armazenamento do material subtraído em suas empreitadas criminosas situam-se nesta comarca de Duque de Caxias.

O modus operandi da quadrilha se dá da seguinte forma: os denunciados, previamente associados em em comunhão de ações e desígnios e divisão de tarefas, localizam e interceptam veículos transportadores de cargas na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e, mediante ameaça exercida com emprego de arma de fogo obrigam as vítimas a entregarem a carga transportada, restringindo sua liberdade durante a ação criminosa.

Os denunciados então, cada um desempenhando função específica dentro da quadrilha, após efetuarem a subtração dos bens, retornavam para o desembarque e armazenamento do produto dos roubos nos galpões situados nesta comarca de Duque de Caxias, nos bairros de Gramacho e Jardim Primavera.

Às fls. 91/128 do Apenso III constam trechos de conversas realizadas pelos componentes da quadrilha em apreço, sendo certo que restou patente a atuação de todos os indivíduos em crimes cometidos pelo grupo.

O denunciado Valcir Tadeu Primo da Silva, também conhecido como 'Cabecinha' tem forte atuação junto ao grupo criminoso, conforme é possível verificar em suas conversas apresentadas às fls. 94,98,99,100,109 e 111, dentre outras, muitas das vezes tendo como interlocutor Ricardo Alves Magalhães, líder do grupo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há informações, ainda, de que o denunciado Valcir é empresário do ramo de reciclagem neste município, utilizando por diversas vezes de seu galpão para guardar o produto dos roubos praticados pela quadrilha e as armas utilizadas pelos demais denunciados nas ações criminosas.

[...]

O denunciado Marconi Estanek Rocha apresenta-se nas investigações como membro atuante da quadrilha, sua função seria a de repassar os bens roubados pelos quadrilheiros aos receptadores. Comercialmente, Marconi Estanek atua no ramo de transporte de cargas na função de despachante documentalista, além de ser sócio de um grupo explorador de mercado de cursos de diplomas de nome Wisard. Assim, seu conhecimento e influência em diversas áreas de atuação no comércio lhe possibilitam a aproximação com muitos receptadores.

Marconi tem como função, ainda, a falsificação de documentos para a quadrilha, necessários para que se proceda a revenda das mesmas aos receptadores, tal atividade de Marconi é facilmente observada no teor das conversas interceptadas e degravadas em fls. 104,113 e 114 do Apenso III, nas quais o denunciado informa aos demais componentes do grupo criminoso o procedimento para a falsificação de documentos.

[...]

Procedendo desta forma, sendo objetiva e subjetivamente típica a conduta descrita, estão os denunciados incursos nas sanções penais dos artigos 157, § 2º, incisos I, II e V, e 288, § único, do Código Penal.

Recebida a denúncia em 14 de fevereiro de 2012, o Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias assim decretou a prisão preventiva do paciente e dos corréus (fls. 65/66):

Representa o Delegado de Polícia, bem como o Ministério Público pela decretação da prisão preventiva dos acusados, sob os fundamentos, em síntese, da necessidade de garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Com efeito, conforme se depreende de toda a fase investigatória, o crime que se imputa aos acusados põe em risco a nossa sociedade sendo certo que os trechos das conversas realizadas pelos acusados (fls. 91 e 98 do apenso III) reforçam os argumentos da ilustre autoridade policial expendido na representação da prisão preventiva que merece ser acolhido.

Além disso, a custódia preventiva se faz necessária até mesmo para a conveniência da instrução criminal, considerando que os acusados soltos poderão influir na prova, bem como frustrar eventual aplicação da lei penal. Isto posto, decreto a prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva dos acusados para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, bem como para assegurar eventual aplicação da lei penal.

Pretendendo responder ao processo em liberdade, Marconi Estanek Rocha foi ter ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, porém, a Primeira Câmara Criminal denegou a ordem de **habeas corpus**.

Recebeu o acórdão os seguintes fundamentos (fls. 315/323):

Com efeito, a tese defensiva não merece acolhida, eis que inexistente constrangimento ilegal na custódia do paciente. A prisão preventiva ocorreu nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal; restando as demais alegações pertinentes ao mérito da demanda incabíveis de serem analisadas pela via estreita do habeas corpus.

Por fim, importante destacar que, conforme entendimento consolidado pela jurisprudência, as eventuais condições favoráveis do réu não garantem direito subjetivo à revogação da custódia cautelar, quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no artigo 312 do CPP.

A concessão de habeas corpus em razão da excepcionalidade da prisão, sendo regra a liberdade segundo ditames da Constituição Federal de 1988, não se adequam a presente hipótese, tampouco aos fundamentos da Lei n.º 12.403/2011 no que tange as medidas cautelares diversas da prisão, posto que a gravidade dos crimes, bem como a devida e escorreita instrução, bem como a ordem pública estão em risco com a liberdade dos denunciados, havendo um verdadeiro temor das testemunhas com a liberdade destes, podendo causar distorções em seus depoimentos.

Portanto, verificada a ocorrência de circunstâncias de crimes gravíssimos, deve-se considerar tolerável a manutenção da prisão posto que a própria sociedade estaria em risco com a liberdade dos pacientes não havendo qualquer indicativo de constrangimento ilegal. Nesse sentido, os Tribunais Superiores vêm reiteradamente decidindo, em homenagem ao princípio da razoabilidade, que:

[...]

Ressalte-se que com a entrada em vigor da Lei n.º 12.403/11, alguns dispositivos que regem as prisões cautelares do Código de Processo Penal sofreram alteração. Entretanto, o caput do artigo 312 permaneceu o mesmo, restando intactos os requisitos da prisão preventiva. Diante do exposto, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, voto no sentido da denegação da ordem.

No Superior Tribunal de Justiça, sustentam os impetrantes ser a prisão desnecessária, além de ter sido imposta sem a devida fundamentação. Contestam,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicialmente, o fundamento relativo à necessidade de se garantir a ordem pública, também examinado e repellido pelo acórdão estadual. Mencionam que "a gravidade do crime em tese não é fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva, como pacífica e reiteradamente decide nossa jurisprudência" (fl. 13). Indicam, "quanto à aplicação da lei penal que, conquanto a juíza de primeiro grau faça uma referência genérica à sua existência, nada afirmando de concreto apenas dizendo que os acusados poderão influir na prova, bem como frustrar a aplicação da lei penal, o tribunal nada falou sobre, o que permite concluir que este não é mais um fundamento da prisão, posto que a decisão do Tribunal do Rio de Janeiro substituiu a de primeira instância" (fl. 19). Asserem, ainda, relativamente à conveniência da instrução criminal, que a alegação genérica de que os acusados poderão influir na prova não justifica a segregação cautelar, notadamente diante das informações constantes dos autos de que as testemunhas são "os policiais que realizaram a interceptação telefônica, sendo que vão depor a respeito da diligência, mais nada" (fl. 20).

Diante disso, pedem, em tema liminar, possa o paciente aguardar em liberdade o julgamento definitivo deste **habeas corpus**. No mérito, buscam seja relaxada a prisão cautelar decretada em desfavor do paciente, com a consequente expedição de alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida (fls. 332/334).

Prestadas as informações (fls. 338, 341/373, 376/377), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Juarez Tavares), que se manifestou pela concessão da ordem (fls. 378/382).

Às fls. 403/410 esclareceram os impetrantes que a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao analisar **habeas corpus** impetrado pela defesa buscando a extinção da ação penal, concedeu em parte a ordem para declarar inepta a denúncia relativamente ao delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.744 - RJ (2012/0078305-9)

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituía para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.

O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conhecera do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente" (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012).

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "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**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento 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. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).*

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

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 heróico. 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-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Primeiramente uma observação: no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 0037688-74.2012.8.19.0000 deu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro atenção, unicamente, ao pedido de extinção da ação penal, considerando-o parcialmente procedente para declarar inepta a denúncia na parte relativa ao crime de roubo circunstanciado. Não dedicou palavra alguma à alegação de ausência de fundamentação da prisão. Desse modo, a segregação antecipada do paciente continua alicerçada nas decisões apontadas no relatório, cuja fundamentação passo a analisar.

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte do nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição não fala em presunção de inocência, mas garante que toda e qualquer prisão anterior à condenação definitiva deve se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

A prisão para a garantia da ordem pública dirige-se à proteção da comunidade, no pressuposto de que ela seria duramente atingida no caso de não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. Em regra, está relacionada à periculosidade do réu, sendo necessária à preservação da boa convivência social e a fim de prevenir a reprodução de outros fatos criminosos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A expressão garantia da ordem pública é de difícil definição.

Antônio Scarance Fernandes entende que a prisão para a garantia da ordem pública justificar-se-ia naqueles casos em que o acusado reitera a ofensa à ordem constituída, como "forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos". (Fernandes, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 302.)

A jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.

Haverá, como já houve, situações em que a gravidade concreta do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo bem jurídico atingido, reclama uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se por em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição.

Ressalto, entretanto, que a gravidade abstrata do delito, por si só, não justifica a prisão. Conforme lição do Ministro Gilson Dipp, "o juízo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao réu, a existência de indícios de autoria e materialidade do crime, a credibilidade do Poder Judiciário, bem como a intranquilidade social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para a garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fato concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa" (HC 48.381/MG, DJ de 1/8/2006).

Como vimos das transcrições acima, deveu-se o decreto, essencialmente à gravidade abstrata do delito e à possibilidade de se prejudicar a instrução criminal.

Ora, da leitura da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, observa-se que o magistrado justificou a custódia cautelar para assegurar a ordem pública. Sob tal aspecto, baseou-se na mecânica delitiva da conduta e na gravidade dos crimes delineados pelo Promotor de Justiça. Não há, na decisão, sequer de forma indireta, fundamentação concreta relativa ao paciente. A única referência que o decreto faz ao risco que os acusados trazem à ordem pública está inserida no contexto fático respeitante ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de roubo e relativamente a este, vimos do relatório, a denúncia foi considerada inepta pelo Tribunal Estadual. O fato pelo qual prossegue a ação penal é grave; veja-se que estamos falando de quadrilha armada. Isso, no entanto, não é suficiente para decretar a prisão preventiva.

A referência à possibilidade de se prejudicar a instrução criminal não encontra amparo algum em elementos concretos. O decreto deixou de apontar circunstâncias relativas ao comportamento pessoal do paciente que viessem a justificar a medida cautelar restritiva sob esse fundamento. Há mais: o acusado é primário, possui bons antecedentes, trabalho comprovado e residência fixa, inexistindo nos autos elementos que justifiquem a segregação cautelar.

O Tribunal de Justiça fundamentou a manutenção da prisão cautelar tendo em vista a possibilidade de reiteração criminosa. Todavia, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tal inovação é inadmissível. Nesse sentido: "O Tribunal não pode suprir a ausência de fundamentação do decreto prisional monocrático" (RHC-12.208, Ministro Gilson Dipp, DJ de 22/4/2002).

De fato, considerando-se a natureza defensiva do **habeas corpus**, a inovação configura verdadeira reforma para pior. Do Supremo Tribunal Federal, veja-se o HC-84.448 (Ministro Eros Grau, DJ de 19/8/2005): "Às instâncias subseqüentes não é dado suprir o decreto de prisão cautelar, de modo que não pode ser considerada a assertiva de que a fuga do paciente constitui fundamento bastante para enclausurá-lo preventivamente."

Diante dessas considerações, parece-me que os elementos dos autos são indicativos de que estamos diante de prisão desnecessária, mormente porque se trata de réu com residência fixa e ocupação definida. Caso, portanto, de coação ilegal.

Nesse sentido:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO. FALSA IDENTIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA STJ Nº 52. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

II. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação

III. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, bem como considerações abstratas sob o prejuízo à aplicação da lei penal não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

IV. Deve a ordem ser concedida para cassar o acórdão recorrido, bem como a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

(HC n.º 183.392/SP, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 14/3/2012.)

Diante dessas considerações, não conheço da impetração.

No entanto, concedo **habeas corpus** de ofício a fim de cassar a prisão preventiva decretada em desfavor de Marconi Estanek Rocha, expedindo-se alvará de soltura clausulado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0078305-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.744 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 104680420128190000 84642820128190021

EM MESA

JULGADO: 11/09/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
ADVOGADO : ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCONI ESTANEK ROCHA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO (P/PACTE)
E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

Julgamento sobrestado por indicação do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0078305-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.744 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 104680420128190000 84642820128190021

EM MESA

JULGADO: 04/10/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
ADVOGADO	: ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: MARCONI ESTANEK ROCHA (PRESO)
CORRÉU	: VALCIR TADEU PRIMO DA SILVA
CORRÉU	: JOSÉ ALEXANDRE DA SILVA PEREIRA
CORRÉU	: JOSÉ ROBERTO DA SILVA PEREIRA
CORRÉU	: ALEXSANDER CASSIANO DE FARIA
CORRÉU	: CLAUDIO MARCIO SILVA DO ROSÁRIO
CORRÉU	: EDSON PEREIRA DA SILVA
CORRÉU	: PATRIKSON HADDAD MOREIRA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.