



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.199 - SC (2012/0125742-1)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : MARCELO GONZAGA
ADVOGADO : MARCELO GONZAGA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : THIAGO LAUNDES CARVALHO FARIAS

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*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. CABIMENTO. ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.

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 a nossa jurisprudência tenha flexibilizado, e até ampliado as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 109.956/PR, Informativo nº 674), a revisão jurisprudencial.

4. Exame do *habeas corpus* como instrumento de tutela da liberdade de locomoção e de salvaguarda contra arbitrariedades porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático de Direito.

5. 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 coarctar o constrangimento ilegal, situação incorrente na espécie.

6. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

9. A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva está desprovida de fundamentação concreta, não indicando de que forma a liberdade da paciente colocaria em risco a ordem pública.

10. Cumpre ressaltar que não basta a referência genérica à presença dos pressupostos da prisão preventiva, devendo o juiz elencar os elementos indiciários que apontam a periculosidade social do acusado.

11. A gravidade abstrata do crime ou a menção de que a ordem pública estaria abalada por infrações dessa natureza consubstanciam a idéia de prisão cautelar obrigatória, não mais aceitável no Estado Democrático de Direito.

12. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o paciente seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo das medidas estabelecidas no art. 319 do CPP, a critério do juiz do feito.

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*, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 09 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.199 - SC (2012/0125742-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de Thiago Laundes Carvalho Farias, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, no dia **20/4/2012**, e acusado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, 34 e 35 da Lei 11.343/06, bem como nos arts. 14 da Lei nº 10.826/2003 e 180, *caput*, do Código Penal porque **"tinha em depósito de forma ilegal, 8 (oito) tabletes de substância entorpecente (...) conhecida por maconha, 2(dois) pedaços menores da mesma substância, 6 (seis) cartuchos de arma calibre 38"** (e-fl. 26). A custódia foi posteriormente convertida em preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus*, tendo o Tribunal de origem denegado a ordem nos termos desta ementa (e-fl. 40):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, POSSE DE MUNIÇÃO E RECEPÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA QUE IMPEDE A CONCESSÃO. PRIMARIEDADE, OCUPAÇÃO DEFINIDA E RESIDÊNCIA FIXA. ATRIBUTOS PESSOAIS QUE NÃO IMPEDEM A PRISÃO CAUTELAR JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

No presente *writ*, sustenta o impetrante, em suma, que não estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, acentuando que o decreto construtivo carece de fundamentação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta, ainda, que o Magistrado de primeiro grau não apontou de maneira fundamentada, as razões para a não aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP.

Por fim, alega que a gravidade em abstrato do delito, por si só, não serve para justificar a manutenção da custódia cautelar.

Requer, diante disso, seja o paciente colocado em liberdade com a aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

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

As últimas informações, colhidas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em 3/10/2012, dão conta de que, recebida a denúncia, a audiência de instrução e julgamento foi designada para dia 21/11/2012.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.199 - SC (2012/0125742-1)

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**:*

a) 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.

Confira-se julgamento da Primeira Turma do STF, realizado em 7/8/2012, no *Habeas Corpus* n.º 109.956/PR, noticiado no Informativo n.º 674 do STF:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 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.

No entanto, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 infligência; 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

No caso, recupero, no que interessa, as palavras do Juízo de primeiro grau ao converter a prisão em flagrante em preventiva:

(...)

*Quanto ao fundamento da preventiva, **pode-se constatar pelos elementos amealhados nos autos que o réu supostamente comete um delito que aflige toda a sociedade, especialmente a comunidade local, que se vê, atualmente, lutando contra o tráfico de entorpecentes, que provoca a degradação do ser humano desde sua vida social até seu estado físico e psíquico.***

Vale ressaltar que esse juízo tem assentado que o tráfico de drogas é crime que envolve tantos outros, especialmente porte ilegal de armas e homicídio. Assim, verifica-se a sua potencial periculosidade, justificando a necessidade de se garantir a ordem pública por intermédio da prisão processual.

Ademais, o fato de o agente possuir condição de primariedade, profissão definida e residência fixa não é o suficiente, quando desacompanhado de outros elementos, para tornar possível a revogação da prisão preventiva (...)

A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

Na hipótese, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva está desprovida de fundamentação concreta, não indicando de que forma a liberdade da paciente colocaria em risco a ordem pública.

Cumprе ressaltar que não basta a referência genérica à presença dos pressupostos da prisão preventiva, devendo o juiz elencar os elementos indiciários que apontam a periculosidade social do acusado, o que não procedeu na espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a gravidade abstrata do crime ou a menção de que a ordem pública estaria abalada por infrações dessa natureza consubstanciam a idéia de prisão cautelar obrigatória, não mais aceitável no estado democrático de direito.

Confirmam-se os precedentes:

PROCESSUAL PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO – LIBERDADE PROVISÓRIA – GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME – INVIABILIDADE – VEDAÇÃO LEGAL – INSUFICIÊNCIA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA COM BASE EM FATORES CONCRETOS – PRECEDENTES DESTA TURMA – ORDEM CONCEDIDA.

1 - A gravidade abstrata do delito atribuído ao paciente é insuficiente para a manutenção de sua custódia provisória.

2 - A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória do paciente deve ser devidamente fundamentada com dados objetivos do processo, sob pena de lhe causar ilegal constrangimento.

3 - A Lei 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II, da Lei 8.072/1990, a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.

Precedentes desta 6ª Turma.

4- Ordem concedida.

(HC nº 98.073/SP, Relatora a Ministra Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJe de 29.9.2008)

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE GENÉRICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. APELAÇÃO. RÉU MANTIDO PRESO. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS IN CONCRETO. DIREITO DE LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO. CUSTÓDIA DESARRAZOADA.

A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Em razão disso, não se justifica a manutenção em cárcere daquele que pratica crime somente porque de natureza hedionda, ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo porque, genericamente, se possa extrair do tipo eventual gravidade da conduta.

Ordem concedida para permitir que o Paciente aguarde em liberdade até o trânsito em julgado da sentença, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, expedindo-se o competente alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso.

(HC nº 84.840/GO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/9/2008)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA E CERCEAMENTO DE DEFESA, EM VIRTUDE DE O INTERROGATÓRIO TER SIDO REALIZADO POR PRECATÓRIA. MATÉRIAS NÃO SUBMETIDAS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS À GRAVIDADE E HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. As alegações de excesso de prazo na formação da culpa e cerceamento de defesa não foram submetidas ao crivo do Tribunal de origem, o que inviabiliza a apreciação do pedido, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, que somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.

3. No caso presente, limitou-se o Magistrado a fazer transcrições de passagens doutrinárias e a aludir à gravidade e hediondez do delito. Tais justificativas, desacompanhadas de elementos concretos, não se prestam à manutenção da medida extrema.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, com o intuito de deferir liberdade provisória ao paciente, mediante o compromisso, a ser firmado perante o Juiz do processo, de comparecer a todos os atos do processo.

(HC nº 117.793/SP, de minha relatoria, DJe de 14/12/2009)

Ante o exposto, meu voto não conhece do habeas corpus, mas, concedo a ordem, de ofício, para que o paciente seja colocado em liberdade se por outro motivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não estiver preso. Verifique o juiz do feito a necessidade e conveniência de aplicar medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do CPP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0125742-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.199 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120357717 64120132781

EM MESA

JULGADO: 09/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCELO GONZAGA
ADVOGADO	: MARCELO GONZAGA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: THIAGO LAUNDES CARVALHO FARIAS
CORRÉU	: LUCAS CORREA SIMAS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.