



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.592 - BA (2012/0039880-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ANDERSON JOSE MANTA CAVALCANTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : JOÃO SANTOS RIBEIRO (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 POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DADOS CONCRETOS DOS AUTOS. DINÂMICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM O DISTRITO DA CULPA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, firmou-se, 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 **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. Tendo a prisão provisória sido mantida para garantia da ordem pública, levando-se em consideração dados concretos dos autos, referentes à dinâmica delitiva, bem como em razão de o paciente não ter vínculos pessoais no distrito da culpa, não há se falar em constrangimento ilegal.

4. Habeas Corpus não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 18 de setembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.592 - BA (2012/0039880-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de João Santos Ribeiro – pronunciado como incurso no art. 121. § 2º, II e IV, do Código Penal, na forma tentada e na forma consumada -, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça da Bahia, que denegou a ordem, em prévio **writ**, nos seguintes termos (fl. 87):

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E OUTRO NA FORMA TENTADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM SEDE DE DECISÃO DE PRONÚNCIA. NÃO VERIFICADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM". ADOÇÃO DAS RAZÕES DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. COMPATIBILIDADE DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 93, IX). PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. É compatível com a exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, pelo Juiz, da técnica da motivação "per relationem", caracterizada, no caso, pela adoção dos fundamentos da decisão que decretou a preventiva como razões para manutenção da prisão em sede de pronúncia. Não há ilegalidade na decisão que negou o direito de recorrer em liberdade ao paciente que respondeu preso durante todo o processo, tendo em vista restarem presentes os requisitos da prisão preventiva, em especial a ordem pública, não havendo fato novo que justifique a revogação de sua custódia. Ordem denegada.

Consta da impetração que o paciente foi preso em flagrante em 16/12/2010, tendo sido pronunciado em 12/7/2011, ocasião em que o magistrado manteve a custódia cautelar do paciente, por entender continuarem presentes os requisitos da prisão preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta o impetrante, em síntese, não haver fundamentação idônea na decisão de pronúncia que manteve a prisão cautelar do paciente, enfatizando que "o fato de o réu ter permanecido preso durante toda a instrução criminal, não supre a necessidade de devida fundamentação quando for negado recurso em liberdade" (fl. 5).

Alega que o magistrado violou a regra insculpida nos arts. 413, § 3º, e 387, do Código de Processo Penal, pois deixou de fundamentar sua decisão na parte em que negou o direito do réu recorrer em liberdade, submetendo o paciente a evidente constrangimento ilegal.

Pleiteia, liminarmente e no mérito, seja assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade, com a expedição de alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida às fls. 99/100. As informações foram prestadas às fls. 108/123 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 130/133, pela concessão da ordem, nos seguintes termos:

*PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA. INDEFERIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA NÃO EMBASADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. PRECEDENTES DESSE EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.*

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 234.592 - BA (2012/0039880-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lembre-mo-nos 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 à 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias 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. 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 conheceu do **mandamus**, concedeu a ordem para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 **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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 parecem terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 a 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.

No caso dos autos, importante destacar, num primeiro momento, que o presente **mandamus** foi a mim distribuído por prevenção ao **habeas corpus** nº 222.835/BA, também manejado em favor do paciente, no qual se insurge contra o acórdão que manteve a decisão que indeferiu a liberdade provisória. Referido **writ** foi julgado prejudicado em 4/9/2012, haja vista a superveniência de novo título, **in casu**, a decisão de pronúncia.

No presente **mandamus**, insurge-se o impetrante contra o acórdão que manteve a restrição da liberdade em sede de decisão de pronúncia. Portanto, não há se falar em reiteração, razão pela qual passo à análise da insurgência trazida na presente impetração.

A decisão de pronúncia manteve a prisão cautelar do paciente, nos seguintes termos: "deve o réu permanecer preso considerando que mantém-se presentes os motivos ensejadores de sua segregação preventiva". (fl. 62). O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a prisão cautelar, assentando a viabilidade da motivação **per relationem** utilizada pelo Juízo de origem.

Tem-se, assim, que foi ratificado o **decisum** que indeferiu o pedido de liberdade provisória, que foi motivado **in verbis** (fl. 41):

11 – A prática de crimes dessa gravidade contribui para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentimento de insegurança e medo que aflige a sociedade, põe em risco a ordem pública e autoriza a prisão preventiva, sem contar que a liberação, pelo menos neste momento, implicaria certamente um reforço na sensação de impunidade que domina o senso comum, o que reforça a manutenção da prisão. Ressalto que Simões Filho é a segunda cidade mais violenta do país. 12 – Levando-se em consideração a ausência de maiores vínculos pessoais do requerente com a cidade de Simões Filho, e a sua grande mobilidade, entendo que a prisão cautelar para garantia da aplicação da lei penal, evitando-se a provável fuga do requerente. 13 – A conveniência da instrução criminal também se apresenta no caso, face a necessidade de andamento célere de processos dessa natureza, o que não seria possível acaso o requerente fugisse da comarca. 15 – Ressaltou o Ministério Público que o crime cometido atingiu a ordem pública, demonstrando, assim, lesividade em concreto da conduta do requerente, pelo que deve ser mantida a prisão como garantia da ordem pública. 16 – Permanece, portanto, elementos suficientes para a prisão preventiva do requerente, na forma do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Constata-se, dessa forma, que a prisão cautelar do paciente foi decretada e mantida para garantia da ordem pública, com base em dados concretos dos autos, consistentes no abalo causado à ordem pública e na ausência de "maiores vínculos pessoais do requerente com a cidade" em que se deu o delito.

Importante destacar que a prisão, nesses casos, dirige-se à proteção da comunidade, considerando-se que esta seria duramente atingida no caso de não aprisionamento de autores de crimes que causam 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.

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" (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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.

Ressalto, entretanto, que a gravidade em abstrato 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.)

Por oportuno, 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 pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição.

Note-se que, **in casu**, cuida-se de dois crimes de homicídio, um tentado e um consumado, cometidos dentro da loja da mãe da vítima fatal, em período comercial. Assim, a meu ver, as instâncias ordinárias fundamentaram o ato constritivo da liberdade de ir e vir do paciente com esmero irrepreensível, justificando-a para garantia da ordem pública. Sobre tal pressuposto, o decreto acha-se atrelado à gravidade concreta dos fatos, o que justifica a prisão.

Friso não se estar diante de situação a revelar capacidade intuitiva, supondo-se práticas possíveis de serem realizadas, mas sim de dados concretos que evidenciam desvios de condutas a atingirem a ordem pública.

Não se pode descurar, ademais, que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, embora eventualmente existentes, demandam, para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas.

Tem-se, ainda, que o remédio heroico restringe-se ao controle e à revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, de decisões que contemplem nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária. Assim, a liquidez das alegações constitui requisito inafastável na apreciação de tais temas.

No mais, deve-se ter em conta também que o **mandamus** não é cabível nas hipóteses em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado pelo julgador em decisão fundamentada. De fato, tendo o magistrado atuado no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, dificilmente haverá se falar em constrangimento ilegal suportado.

De fato, na via estreita do **writ**, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

O que importa neste momento são as afirmações do juiz, sendo vedado, por via transversa, debater em tema de **habeas corpus**, matéria de fato discutida na causa e decidida com base na prova dos autos. Assim, sendo verdadeiro, no pormenor, o que se afirma do decreto constritivo, a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva. Deveras, as recomendações, todas, a meu ver, são no sentido de que se proceda à verificação da idoneidade dessas afirmações no juízo de maior alcance - juízo de primeiro grau.

Presente se fez de forma clara, precisa e, portanto, concreta a prática de atos graves, haja vista a dinâmica delitiva, atraindo, assim, a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a revelar a possibilidade da prisão preventiva, em virtude da necessidade de preservar-se a ordem pública.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. PERICULOSIDADE CONCRETA. INTEGRANTE DE QUADRILHA ORGANIZADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. PROCESSO COMPLEXO. DIVERSOS RÉUS. CARTAS PRECATÓRIAS. RECURSO IMPROVIDO. 1 - Revela-se devidamente justificada a custódia provisória fundada na necessidade de garantia da ordem pública, em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

periculosidade concreta do recorrente, integrante de quadrilha organizada responsável pela prática de diversos crimes contra bancos, mediante seqüestro de familiares dos funcionários das instituições. 2 - Tratando-se de feito complexo, com dezenove réus, sendo necessária a expedição de cartas precatórias, parece justificada a demora na conclusão da instrução criminal. 3 - Recurso a que se nega provimento. (RHC 19.821/SC, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 06/08/2007, p. 694).

RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO DE PRONÚNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. **MODUS OPERANDI**. PERICULOSIDADE DO AGENTE. ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A análise acerca da negativa de autoria veiculada na inicial é questão que não pode ser dirimida na via sumária do recurso ordinário em habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal. 2. Evidenciada está a imprescindibilidade da segregação preventiva para a ordem pública em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo **modus operandi** empregado. 3. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, por si sós, garantirem a concessão de liberdade provisória, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada, como ocorre **in casu**. 4. Recurso improvido. (RHC 32.081/SP, Relator o Ministro JORGE MUSSI, DJe 29/08/2012).

Dessarte, não verifico flagrante ilegalidade apta a justificar a concessão de **habeas corpus** de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **mandamus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0039880-0

HC 234.592 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 30087244201180500000 3120720118050250 453520118050250

EM MESA

JULGADO: 18/09/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDERSON JOSE MANTA CAVALCANTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : JOÃO SANTOS RIBEIRO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

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."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.