



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 258.707 - BA (2012/0234022-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : ANTONIO CARLOS DE AQUINO OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : GUSTAVO ZORTÉA DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITUOSA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 52/STJ. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **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", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **In casu**, não há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

VI. O princípio da não culpabilidade ou da inocência não impede a prisão cautelar, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esta se mostra necessária para garantir a ordem pública e evitar a reiteração criminosa, em face de dados concretos, relativos ao paciente, devidamente expostos na decisão que a decreta.

VII. "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo" (Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça).

VIII. Agravo Regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 04 de abril de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 258.707 - BA (2012/0234022-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Trata-se de Agravo Regimental, interposto por ANTÔNIO CARLOS DE AQUINO OLIVEIRA, por intermédio da Defensoria Pública da União, contra a decisão que, nos termos do art. 38 da Lei 8.038/90 e do art. 34, XVIII, do RISTJ, negou seguimento ao **Habeas corpus**, que objetiva a revogação da prisão preventiva do paciente, decretada para garantia da ordem pública, pela suposta prática da conduta prevista no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006.

Alega o agravante, de início, que os precedentes do STJ e do STF estão equivocados, quando afirmam da impossibilidade de o **habeas corpus** servir como substitutivo de recurso ordinário, eis que, em 2º Grau, a ordem foi-lhe denegada.

Sustenta, ainda, que a reiteração criminosa não é motivo suficiente para fundamentar a decretação da prisão preventiva, pois, neste sentido, estar-se-ia a preconizar o Direito Penal do autor, que apura o crime pelo perfil do agente, e não pela investigação do fato, pois o que realmente importa, ao Direito Penal, é preocupar-se com os fatos delituosos praticados pelo agente.

Diante disso, pleiteia o provimento do Agravo Regimental, para que seja revogada a prisão preventiva e concedida a liberdade provisória ao paciente, com ou sem fixação de medidas cautelares alternativas à prisão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 258.707 - BA (2012/0234022-7)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A primeira questão a saber é se o agravante poderia utilizar-se do **habeas corpus** como substitutivo de recurso ordinário, previsto no art. 105, II, **a**, CF/88, porquanto, em 2º Grau, a ordem foi-lhe denegada (fls. 121/125e).

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **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", prevendo o art. 105, II, **a**, da CF/88 o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de **habeas corpus** não se insere o uso do remédio constitucional para substituir o recurso ordinário, tampouco o recurso especial ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado recentemente, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07/08/2012, do HC 109.956/PR (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, maioria, DJe de 11/09/2012), no qual se considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo 674:

"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**".

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do **habeas corpus**.

PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na condução do processo, indeferi-las" (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21/08/2012, em caso semelhante, no **Habeas corpus** 104.045/RJ (Rel. Ministra ROSA WEBER, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de **Habeas corpus**, pelo STJ (DJe de 06/09/2012).

Por sua vez, o Ministro LUIZ FUX negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), com a seguinte fundamentação:

"Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas 'd' e 'i', da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

...

*d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

...

*i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.*

In casu, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

'E M E N T A: PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), **quando** promovidas contra membros do Congresso Nacional, **não se incluem** na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **precisamente** porque **destituídas** de caráter penal. **Precedentes.**

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A **competência originária** do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração **essencialmente** constitucional - e ante o **regime de direito estrito** a que se acha submetida - **não comporta** a possibilidade de ser estendida a situações que **extravasem** os limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. **Precedentes.**

O **regime de direito estrito**, a que se submete a **definição** dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da **taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar**, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias**, o processo e o julgamento de **causas** de natureza civil que **não** se acham inscritas no texto constitucional (**ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares**), **mesmo** que instauradas contra o Presidente da República ou contra **qualquer** das autoridades, que, **em matéria penal** (CF, art. 102, I, **b** e **c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema **ou** que, **em sede de mandado de segurança**, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, **d**). **Precedentes.'**

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

'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 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.

Cumpra 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.'

Ex positis, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, ex officio, da ordem, nego seguimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao writ, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90".

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro DIAS TOFFOLI, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28/08/2012, **in verbis**:

"Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do habeas corpus.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea "a" da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, 'o *'habeas-corpus'*, o *mandado de segurança*, o *'habeas-data'* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão'.

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, 'o ***habeas corpus*** *substitutivo do recurso ordinário*, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer 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 do 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' (HC nº 108.715/RJ).

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea 'a' da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do **habeas corpus** substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus".

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO CONTRÁRIA INVIÁVEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO NÃO APLICÁVEL À HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da 'inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal'.

III. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.

V. O exame da dosimetria da pena, em sede de mandamus, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso.

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

X. Ordem denegada" (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. CONCESSÃO PARCIAL.

1. **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 ao recurso cabível, vale dizer, o especial.**

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

3. *In casu*, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra a paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte.

4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.

5. Writ parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta" (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012).

Desta forma, exsurge a necessidade premente da reformulação da admissibilidade da impetração originária, também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação do Pretório Excelso. Isso em absoluta consonância com os princípios constitucionais – mormente os do devido processo legal, da celeridade, da economia processuais e da razoável duração do processo –, a fim de que não seja conhecido o **habeas corpus**, substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem, de ofício, quando constatada a presença de flagrante ilegalidade, que implique ameaça ou restrição à liberdade de locomoção.

A segunda questão a se discutir consiste em verificar se a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está ou não devidamente fundamentada.

A decisão ora agravada regimentalmente foi lavrada nos seguintes termos:

"Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedido de liminar, impetrado em favor de ANTONIO CARLOS DE AQUINO OLIVEIRA — preso em flagrante delito, em 20/01/2012, sendo a custódia convertida em prisão preventiva, pela prática do crime do art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006 —, apontando, como autoridade coatora, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que manteve a sua prisão preventiva.

Sustenta a impetrante, em síntese, ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, bem como excesso de prazo para a formação da culpa, razão pela qual requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para determinar a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal — que não merece conhecimento —, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício, o que não é o caso dos autos.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante delito, em 20/01/2012, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, tendo o Juízo de 1º Grau convertido a custódia em prisão preventiva, sob os seguintes fundamentos:

'No que pertine aos fundamentos da custódia cautelar ou ao *periculum libertatis*, constata-se presente a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, obstando-se, destarte, a reiteração criminosa. Constata-se que ANTONIO CARLOS, em tese, evidencia conduta tendente à prática do crime que lhe é atribuído. No sistema SAJ, do TJ/BA, fls. 12, verifica-se que o flagranteado responde, neste Juízo, a dois processos por crime de igual natureza. Um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deles, inclusive, está em grau de recurso. Possui, ademais, no portal do sistema SSP/BA, fls. 13/14, registros de ocorrências policiais.

Ao ser interrogado, o flagranteado confessou já foi preso e condenado por crime de igual natureza, constatando-se, assim, que é pessoa voltada para prática do crime que lhe é imputado, demandando, por conseguinte, a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem social abalada com as suas condutas, em tese, ilícitas.

Portanto, a sua custódia cautelar encontra respaldo legal nos artigos 282, § 6º (A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319), c/c 312 do CPP, não sendo cabível, pois, a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do mesmo diploma legislativo, com redação da Lei 12.403/11, posto que o comportamento do flagranteado evidencia que essas medidas não são suficientes para o fim pretendido pela justiça criminal consistente no acautelamento da ordem pública'. (fl. 64e).

O Tribunal de origem, analisando as alegações de excesso de prazo para formação de culpa e de ausência de fundamentação da prisão cautelar, denegou a ordem, nos seguintes termos:

'Assim constatou-se que a alegação de excesso de prazo para conclusão da instrução processual, não merece prosperar, uma vez que restou demonstrada a adoção de medidas necessárias para promover o regular andamento do feito, que teve denúncia recebida em 04.04.2012 e audiências instrutórias designadas e realizadas nos dias 23.05.2012 às 10:00 horas e 26.07.2012, conforme decisão de fls. 101 e movimentação processual.

Destarte, a marcha processual desenvolve-se em conformidade com parâmetros razoáveis, restando afastada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Finalmente, não é demais acrescentar que a cópia do decreto preventivo colacionado às fls. 98/100, demonstra a necessidade da custódia do paciente, como forma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantir a ordem pública, noticiando inclusive que este responde a outras duas ações penais por crime de igual natureza.' (fl. 125e).

Em que pese os argumentos expendidos na impetração, verifica-se que a custódia cautelar encontra-se justificada na garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa, na forma de pacífica jurisprudência do STJ.

Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, verifiquei que, em 17/10/2012, os autos foram conclusos à Defensoria Pública, para apresentação de memoriais, incidindo, na espécie, a Súmula 52 do STJ, segundo a qual, 'encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo'.

Portanto, o presente Habeas corpus, substitutivo de recurso ordinário, não merece ser conhecido, uma vez que inexistente manifesta ilegalidade, a ensejar a concessão, de ofício, de ordem de habeas corpus.

Ante o exposto, nego seguimento ao presente pedido de Habeas corpus, nos termos do art. 38 da Lei 8.038/1990 e art. 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Cientifique-se a PGR" (fls. 131/133e).

Como se registrou, para decretar a prisão preventiva do paciente, o Juízo de Primeiro Grau valeu-se do fato de que responde ele a mais outras duas Ações Penais, por crime de igual natureza, possuindo registros de ocorrências policiais, tendo confessado que já foi preso e condenado pelo mesmo delito, constatando-se a necessidade da prisão cautelar para a garantia da ordem pública, a fim de se obstar a reiteração criminosa.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes do STJ:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA SOBEJAMENTE FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDICATIVOS DE REITERAÇÃO DE CONDUTAS CRIMINOSAS. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. A manutenção da custódia preventiva do Paciente encontra-se suficientemente fundamentada, indicando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação, em se considerando, sobretudo, fortes indicativos de que a atividade criminosa era reiterada, tendo em vista o fato de o Paciente possuir maus antecedentes.

2. A custódia preventiva também se justifica por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da Lei Penal, vez que, como ressaltou a Magistrada processante, no caso concreto, 'a liberdade do acusado é fator de intimidação das testemunhas, em especial à vítima', mormente porque a sessão de julgamento pelo Tribunal do júri ainda não ocorreu.

3. No que diz respeito às medidas cautelares substitutivas do cárcere, não se mostram compatíveis, na espécie, ante o não-atendimento dos pressupostos legais, não se considerando adequadas e suficientes, em face da gravidade e das circunstâncias do crime perpetrado.

4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (STJ, RHC 32.405/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/09/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO, TENTATIVA DE HOMICÍDIOS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CUSTÓDIA MANTIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar para garantia da ordem pública.

2. **Hipótese em que a custódia provisória foi mantida, fundamentalmente, diante da reiteração criminosa, haja vista que o paciente cumpre pena definitiva por dois crimes de roubo majorado e uma tentativa de latrocínio, além de responder a outro processo por roubo circunstanciado e formação de quadrilha. Foi ressaltada a sua real periculosidade.**

3. Ordem denegada" (STJ, HC 216.245/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, QUINTA TURMA, DJe de 27/02/2012).

Assim sendo, não há falar em falta de fundamentação ou em ilegalidade da decisão que decretou a prisão preventiva.

Relativamente à substituição da custódia por outra medida cautelar, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

leitura do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia constata-se que o tema não foi objeto de debate e decisão pela Corte de origem, não sendo possível examiná-lo, sob pena de indevida supressão de instância.

Quanto à alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, a matéria ficou superada, nos termos da Súmula 52/STJ.

Assim, o presente, **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário, não merecia conhecimento, inexistindo, **in casu**, ilegalidade flagrante, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Agravo Regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0234022-7

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no
HC 258707 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3094878620128050000 3113949320128050001

EM MESA

JULGADO: 04/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
ADVOGADO : WALMARIA FERNANDES SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : ANTONIO CARLOS DE AQUINO OLIVEIRA (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ANTONIO CARLOS DE AQUINO OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : GUSTAVO ZORTÉA DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.