



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.079 - SP (2011/0223741-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ORESTES MAZIEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO FERREIRA TÁVARES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESPECIALIZADA NO TRÁFICO DE DROGAS. 4. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERICULOSIDADE. EVIDENCIADA PELO **MODUS OPERANDI**. 5. SUBSTITUIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES. LEI Nº 11.403/2011. NÃO CABIMENTO. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

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

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente 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. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, mormente quando a aplicação da medida está alicerçada em elementos concretos, conforme demonstrado no quadro fático delineado nestes autos.

4. O **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indistigável, 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.

5. Nesse contexto, a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias a fim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

6. No caso, sendo verdadeiro o que se afirma no decreto construtivo - periculosidade do paciente que integra organização criminosa especializada no tráfico de drogas, cujos elementos de convicção foram carreados aos autos por meio de escutas telefônicas, e que há fortes indícios que o grupo organizado cogita praticar atentados contra policiais -, a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva. Deveras, as recomendações são no sentido de que se proceda à verificação da idoneidade dessas afirmações no juízo de maior alcance - Juízo de primeiro grau.

7. Estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de associação para o tráfico de drogas, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise.

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

Brasília (DF), 23 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.079 - SP (2011/0223741-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Paulo Ferreira Tavares, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi preso em flagrante, no dia 15/2/2011, e posteriormente denunciado, com outros 33 (trinta e três) corréus, como incurso nas sanções do art. 35, **caput**, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006. Após, a custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, impetrou a defesa **habeas corpus** no Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo a Nona Câmara Criminal denegado a ordem, em acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 583):

HABEAS CORPUS - ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA - INVIABILIDADE DA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA - ORDEM DENEGADA.

No Superior Tribunal de Justiça, aduz o impetrante ilegalidade na decisão que preservou a custódia cautelar do paciente, ante a falta de fundamentação, mormente porque o paciente foi denunciado por associação ao tráfico de entorpecentes, delito que não é equiparado a crime hediondo.

Enfatiza, ainda, a desnecessidade da segregação cautelar, porquanto o paciente é primário e ostenta bons antecedentes, razão pela qual pode lhe ser deferida quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Diante disso, pugna pela revogação da prisão preventiva com a fixação ou não de medidas cautelares alternativas à prisão, previstas na Lei n.º 12.403/2011.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 597) e as informações dispensadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se (fls. 604/608), opinou pelo parcial conhecimento e pela denegação da ordem.

O presente feito foi levado a julgamento no dia 8/5/2012, tendo a ordem sido denegada por esta Quinta Turma, à unanimidade de votos.

Contra essa decisão foram opostos embargos declaratórios alegando omissão no julgado quanto à intimação do impetrante para a sustentação oral no feito.

No dia 14/8/2012 os embargos foram acolhidos, para sanando a omissão, declarar a nulidade do acórdão e determinar a realização de novo julgamento (fl. 651).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.079 - SP (2011/0223741-7)

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.

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

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituíra 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

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

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

A presente impetração busca a concessão de liberdade provisória ao paciente, preso cautelarmente e denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 35, c/c o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Ressalte-se que a liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como entendo ser o caso dos autos.

De início, para a exata compreensão dos fatos, trago à colação a fundamentação da decisão de primeiro grau que decretou a prisão preventiva do paciente e dos demais córreus (fls. 362/375):

Em apreciação ao pedido inicial da prisão temporária dos envolvidos já se ponderou que:

'Como é explicitado no corpo do pedido, o expediente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

investigativo teve início em cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar na residência de Edna de Souza e Luiz Ricardo de Oliveira, isso em 19/8/2010.

Descobertas anotações características da contabilidade do tráfico (fls. 52/62), evidenciou-se a plausibilidade das denúncias a respeito da família de Marcelo Aparecido Machado continuar a praticá-lo, a despeito da prisão de Marcelo na Operação Leviata, tudo conforme explicitado no relatório de fls. 52/53.

Deflagraram-se investigações por meio de interceptações telefônicas (pedido inicial contra Luis Ricardo de Oliveira e Edna de Souza - fls. 48/50), frutíferas em apontar envolvimento de 38 pessoas com o tráfico, estando 15 presos e 23 em liberdade, dos quais três são menores.

O pedido inicial de interceptação seguiu-se de outros (fls. 88/89, 101/102, 152/153 e 232/233), que contaram com parecer favorável do Ministério Público e autorização judicial.

Conforme se extrai do longo relatório de investigações (fls. 8/74), constataram-se indícios dos seguintes envolvimento dos acusados'

Naquela decisão seguiu-se a relação dos acusados os elementos colhidos contra cada um deles. Elabora-se nova relação, com elementos já colhidos à época, acrescidos dos até o momento apurados :

[...]

Então, sobre a prisão preventiva, destacou a autoridade policial que a quadrilha demonstrou exercer atos de poder paralelo nos bairros em que atua, bem como seus membros foram surpreendidos cogitando atentados contra agentes policiais.

A atividade deletéria do tráfico financia uma ampla gama de outras infrações e envolve atos de atemorização dos que se opõem ou interferem nela, tal como se apurou por exemplo no caso da agressão a Jonhas, que estaria chamando a atenção da polícia para o local do tráfico, eis que praticava constantes furtos (fls. 1433 e 1528 211533).

Considerando o pedido e o parecer retro, bem como a explicitação acima acerca dos elementos colhidos, excepcionalmente para que não haja risco à ordem pública, para assegurar a instrução penal e dada a possibilidade de evasão do distrito da culpa, como ocorreu com David Willian, Maikon e Fagner, entende-se justificada a manutenção da custódia cautelar daqueles já detidos, ou decreto da Custódia para os demais

[...]

O Tribunal **a quo**, por seu turno, expressamente asseverou (fls. 584/587):

Importa considerar, de início, a inexistência de demonstração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer circunstância que pudesse conferir contornos de ilegalidade à situação do paciente, de modo a justificar o reconhecimento de coação ilegal, nos termos do art. 648, do Cód. de Proc. Penal.

A r. decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está, devidamente, motivada, com referência, em particular, à necessidade de garantia da ordem pública (fls. 1639/1655 - 1646 - apenso).

Pelo que verte dos documentos acostados aos presentes autos, cópia do processo crime e seus apensos, **há elementos de convicção que, em tese, apontam o envolvimento do paciente com a organização criminosa voltada ao tráfico ilícito de entorpecentes.**

Os elementos de convicção a este respeito foram colhidos a partir de extensa e complexa investigação policial, que incluiu interceptações telefônicas.

Há indícios, ainda, de cogitação de atentados contra policiais.

Importa considerar, ademais, que a prática ilícita atribuída ao paciente, associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, à evidência, possui contornos de gravidade diferenciada e, no caso de condenação nos termos da inicial, não se vislumbra, em tese, a possibilidade inequívoca de concessão de qualquer espécie de benefício que importe em liberdade.

Não é demais anotar, ainda, que a prática ilícita em questão, sem dúvida, pelas repercussões sociais, que lhe são inerentes, notadamente, viabilizar a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, crime legalmente classificado como equiparado a crime hediondo, possui contornos de gravidade diferenciada.

Razoável, portanto, a custódia cautelar do paciente, para garantia da ordem pública, quer para evitar a reiteração criminosa, quer para resgatar a estabilidade social, que, em casos como o presente resta sobremaneira comprometida, como também para garantia do normal desenvolvimento da persecução penal e da efetiva aplicação da lei penal.

Não é demais assinalar, a propósito, que a presença dos pressupostos da prisão cautelar é incompatível com a liberdade provisória, cujos requisitos, de qualquer forma, não foram demonstrados.

Ademais, incabível a aplicação dos institutos previstos na Lei 12.403/11, pois esta norma encontra-se em período de vacatio legis.

Por derradeiro, os estreitos limites do **HABEAS CORPUS**, são incompatíveis com aprofundado exame do mérito.

De qualquer forma, há elementos nos autos para reconhecimento da justa causa para a persecução penal e, conseqüentemente, para a prisão cautelar, dadas as circunstâncias do caso em tela, já referidas, para garantia da ordem pública do regular desenvolvimento da presente e complexa persecução penal.

Em relação à denúncia, a matéria fática articulada, considerada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza do crime em tela, foi abordada com suficiência, apontado o paciente, em tese, como integrante da associação para fornecimento de entorpecente a terceiros.

Não se vislumbra, portanto, ilegalidade a ser corrigida por meio do presente writ.

Face ao exposto, meu voto denega a presente impetração, comunicando-se.

Consoante se depreende, uma vez verificados os indícios de autoria e de materialidade do delito, julgou-se indispensável a medida excepcional para a garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade do crime e a acentuada periculosidade da paciente.

Cabe ressaltar que, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do paciente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre a mecânica delitiva do suposto crime e a garantia da ordem pública, mormente porque há notícias de que o paciente integra organização criminosa especializada no tráfico de entorpecentes, cujos elementos de convicção foram carreados aos autos por meio de escutas telefônicas, e que há fortes indícios que o grupo organizado cogita praticar atentados contra policiais, o que, por evidente, coloca em risco a ordem pública.

Dessa forma, não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, pois este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta e da periculosidade do paciente, o que sobreleva a necessidade da preservação da segregação cautelar como forma, sobretudo, de salvaguardar a ordem pública.

O que sempre sustentei e sustento é 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.

Nesse contexto, a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias a fim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do **writ**, a abordagem do julgador deve ser direcionada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e do Tribunal, 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 o que se afirma no decreto construtivo, 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.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

A - HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. **MODUS OPERANDI.** ANÁLISE PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 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 imposta, fundamentalmente, em razão da necessidade de garantia da ordem pública, haja vista as circunstâncias do delito, que envolve organização criminosa e tráfico de drogas ordenado de dentro do presídio. Foi ressaltada a real periculosidade do paciente.
3. É inviável, nesta via restrita, a análise aprofundada dos elementos de convicção para se concluir pela ausência de provas de autoria.
4. Ordem denegada. (HC 209.185/SP, Relatora Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 25/04/2012)

B - CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PERICULOSIDADE DEMONSTRADA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA Nº 052 DO STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.
[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Evidenciada as divisões de tarefas e delimitação das funções, denota-se a alta estruturação da organização, de modo que a segregação de seus membros encontra-se fundamentada pela necessidade de encerrar suas atividades, de modo a garantir a manutenção da ordem pública.

[...]

V. Ordem parcialmente conhecida e denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 175.624/SP, Relator Ministro GILSON DIPP, DJe 09/04/2012)

C - HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM A EXISTÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA A TUTELA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo em vista que as circunstâncias demonstram a existência, em tese, de um grupo criminoso estruturado para a prática do delito de tráfico de drogas, com divisão de tarefas, inclusive constando o paciente como suposto integrante, mostra-se necessária a custódia cautelar para o bem da ordem pública, pois há sérios riscos das atividades ilícitas serem retomadas com a soltura.

2. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis, de ordem objetiva ou subjetiva, que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre in casu.

*3. Ordem denegada. (HC 221.057/GO, Relator Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 17/04/2012)*

Por fim, estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, conforme visto acima, e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise.

Diante do exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0223741-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 219.079 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1166643720118260000 3342010 3600120100049782 3622010 4912010

EM MESA

JULGADO: 23/10/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ORESTES MAZIEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO FERREIRA TAVARES (PRESO)
CORRÉU	: ALEANDRO FERREIRA
CORRÉU	: BALTAZAR DOS REIS MARÇAL
CORRÉU	: BRUNO DOS SANTOS AFONSO
CORRÉU	: CLAYTON VIANA DE OLIVEIRA
CORRÉU	: CRISTIANE APARECIDA ROCHA DE LIMA
CORRÉU	: DAVID WAGNER LOPES
CORRÉU	: DAVID WILLIAM MARQUETI
CORRÉU	: EDNA DE SOUZA
CORRÉU	: EDUARDO JOSE DE MATTOS
CORRÉU	: FAGNER NOBREGA
CORRÉU	: LUIS CARLOS DA SILVA.
CORRÉU	: LUIS RICARDO DE OLIVEIRA
CORRÉU	: MAIKON HENRIQUE DA SILVA
CORRÉU	: MARCELO GOULART DA CRUZ
CORRÉU	: MARCIO RAMOS DE SOUZA
CORRÉU	: MARIA DE FATIMA MARÇAL
CORRÉU	: PAULO HAROLDO FERREIRA TAVARES
CORRÉU	: PRISCILA MARÇAL GOIS
CORRÉU	: MARCELO APARECIDO MACHADO
CORRÉU	: ALESSANDRA APARECIDA BATISTA
CORRÉU	: ALISSON DOUGLAS DA SILVA
CORRÉU	: THIAGO HENRIQUE CAETANO
CORRÉU	: JAIR APARECIDO DA SILVA FILHO
CORRÉU	: MATEUS AUGUSTO DOS SANTOS
CORRÉU	: ELVIS FRANCISCO DINIZ
CORRÉU	: JEFERSON WILLIAN AMADOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORRÉU : CLEITON NUNES PEREIRA
CORRÉU : CARLOS AUGUSTO VITORINO
CORRÉU : SERGIO PIRES FERNANDES
CORRÉU : ISAC FIGUEIREDO MARQUES
CORRÉU : VERA LUCIA DELFINO
CORRÉU : VALDECIR PIRES
CORRÉU : MARIO LUCIO DOS SANTOS JUNIOR
CORRÉU : ONIVALDO ALVES DE MATOS

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

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