



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.169 - MG (2012/0125555-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : PAULO MOREIRA VENTURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FÁBIO ELIFAS TORRES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. ART. 33 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL RECONHECIDA COMO INCONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/06, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

– Da mesma forma, a norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de substância entorpecente (art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006) foi reconhecida como inconstitucional pelo STF e teve sua execução suspensa por resolução do Senado Federal. Logo, a concessão da referida benesse a qualquer espécie de condenado fica condicionada aos requisitos legais dispostos no art. 44 do CP.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo da Vara das Execuções analise se o paciente preenche os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos legais do art. 44 do CP, fazendo jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, bem como para que fixe o regime mais adequado ao cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 18 de dezembro de 2012(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.169 - MG (2012/0125555-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : PAULO MOREIRA VENTURA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FÁBIO ELIFAS TORRES DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de FÁBIO ELIFAS TORRES DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que indeferiu pedido revisional e manteve a condenação do paciente como incurso no art. 33, *caput*, c/c § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão no regime fechado.

Alega o impetrante constrangimento ilegal haja vista a imposição de regime mais rigoroso que o previsto em lei com base na alegada hediondez do delito e porquanto negado a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão de óbice legal já declarado inconstitucional pelo STF. Requer, assim, a suspensão da execução da pena, com a imediata expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela concessão da ordem (fls. 111-114).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.169 - MG (2012/0125555-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

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, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA 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 heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresse, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso especial.

Contudo, em razão da existência de manifesta ilegalidade nos autos, é de rigor a concessão da ordem de ofício por esta Corte.

Verifico que o Tribunal de origem, no julgamento da revisão criminal, manteve o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado para o cumprimento da pena e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao paciente com base, tão-somente, nos óbices existentes nas Leis n. 8.072/1990 e 11.343/2006, respectivamente.

Ocorre que a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES.

Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

Da mesma forma, a norma legal que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/2006) foi reconhecida como inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, e teve sua execução suspensa por determinação do Senado Federal. Logo, não há qualquer óbice à concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos os requisitos legais (art. 44 do CP).

Assim, afastado os óbices legais existentes nas leis disciplinantes e noticiado o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da Vara das Execuções Criminais verificar se o paciente tem direito a regime prisional mais brando e à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Nesse sentido os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. A gravidade abstrata do delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. CONSTRANGIMENTO PARCIALMENTE DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. Writ não conhecido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício, apenas para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como o óbice à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime inicial mais benéfico, a ser estabelecido de acordo com o art. 33 do CP. (HC 247.670/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 6/11/2012).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. POSSIBILIDADE. EXAME QUE SE RESERVA À INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

[...]

5. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena.

6. O exame do caso reserva-se à instância ordinária, cabendo ao Juiz de piso ou ao da Execução Penal, conforme o caso, avaliar a possibilidade de fixação de regime menos gravoso e substituição da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena e o óbice à substituição da reprimenda corporal, determinando que o Juiz de primeiro grau examine a possibilidade de fixação de regime menos gravoso e substituição da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto. (HC 218.295/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convocada do TJ/PE, Sexta Turma, DJe de 18.10.2012).

Ante o exposto, não conheço do presente *writ*. Contudo, concedo a ordem de ofício para que o Juízo da Vara das Execuções analise se o paciente preenche os requisitos legais do art. 44 do CP, fazendo jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, bem como para que fixe o regime mais adequado ao cumprimento inicial da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0125555-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.169 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000100582097 5820971720108130000

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : PAULO MOREIRA VENTURA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : FÁBIO ELIFAS TORRES DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.