



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 267.702 - MG (2013/0094482-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1. MANDAMUS** UTILIZADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. HODIERNO ENTENDIMENTO DO STJ, QUE CONTA COM O LOUVÁVEL REFORÇO DA SUPREMA CORTE. **2. TRÁFICO DE DROGAS. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. REGRA EXCEPCIONADA PELO § 2º DO ART. 394 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. 3. AGRAVO IMPROVIDO.**

1. Recentemente, este Tribunal Superior passou a negar seguimento e/ou não conhecer de **habeas corpus** voltado à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, por não ser ele substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário, mas sim 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, entendimento esse que conta com o louvável reforço da Suprema Corte.

2. A regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, a qual determina que o interrogatório seja realizado após a produção das provas testemunhais e periciais, é excepcionada no art. 394, § 2º, do referido diploma legal, que estabelece a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário do próprio Código de ritos ou de lei especial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 267.702 - MG (2013/0094482-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto em favor de Paulo Henrique da Silva contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou seguimento ao **habeas corpus**, mas que concedeu ordem de ofício, nos seguintes termos (fls. 343/350):

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Paulo Henrique da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, e § 4º, c.c art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos.

Irresignadas, defesa e acusação interpuseram recurso de apelação na origem, que, julgados, em conjunto, pela Quinta Câmara Criminal, receberam a seguinte ementa (fl. 293):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE - IMPOSSIBILIDADE - DECOTE OU REDUÇÃO DA PENA DE MULTA - INADMISSIBILIDADE - SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - EFEITO AUTOMÁTICO DA SENTENÇA - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL FIXADO NA SENTENÇA PARA O FECHADO - NECESSIDADE - DECOTE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL - INVIABILIDADE - PRELIMINAR REJEITADA, RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.

I - Restando satisfatoriamente comprovada nos autos a prática do crime de tráfico de entorpecente, não há que se falar em absolvição.

II - A suspensão dos direitos políticos é efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do disposto no art. 15, inciso III, da CR/88, o qual persiste até a extinção da sanção penal, sendo indiferente o regime prisional fixado na sentença, eventual substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multa, bem como a concessão de **sursis** ou livramento condicional.

III - Não havendo comprovação de que o réu se associou, de forma estável e permanente, com o fim de fornecer substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente a terceiros, a sua manutenção da decisão que o absolveu é medida que se impõe.

IV - Conforme o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, a pena imposta pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

V - Com a edição, pelo Senado Federal, da Resolução nº 05/2012, que suspendeu a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mostra-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no delito de tráfico privilegiado.

Logo após, a defesa opôs embargos declaratórios no Tribunal **a quo**, que, rejeitados pela Quinta Câmara Criminal, recebeu a seguinte ementa (fl. 317):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CRIMINAL - INEXISTÊNCIA DA ALEGADA OMISSÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO ACOLHIDOS. Não se admite, em sede de embargos declaratórios, o reexame das teses anteriormente levantadas e satisfatoriamente debatidas na decisão vergastada, vez que os embargos não tem o condão de fazer com que o recurso interposto satisfaça as expectativas da parte vencida.

Daí a presente impetração, em que se sustenta que o paciente está sofrendo injusto constrangimento ilegal, haja vista que não foi respeitado, em seu processo, o que contido no art. 400, do Código de Processo Penal.

Aduz, ainda, que o interrogatório representa um "efetivo instrumento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, constituindo, pois, prerrogativa inderrogável pelo magistrado ou por qualquer das partes do processo, à exceção, obviamente, do próprio acusado, consoante seu direito também assegurado constitucionalmente de manter-se calado" (fl. 4), e que, "a realização do interrogatório ao final do procedimento traz importante garantia ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que possibilita ao réu ter ciência de todas as provas contra ele produzidas no processo antes de pronunciar-se." (fl. 4).

Por fim, indica, que o paciente, "não sendo reincidente e tendo em vista que a pena foi fixada em um ano e onze meses, o regime de cumprimento de pena deverá ser o aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c" do Código Penal." (fl. 10).

Desta feita, pleiteia o impetrante, inclusive liminarmente, que seja anulado o feito criminal em questão, desde a audiência de inquirição de testemunhas, para que seja observado o que estabelecido no art. 400, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, acaso não atendido o primeiro pleito, postula pelo restabelecimento do regime de cumprimento de pena estabelecido na sentença, qual seja, o aberto.

A liminar foi indeferida (fls. 328/330) e as informações dispensadas.

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se (fls. 338/341), opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem.

Brevemente relatado, decido.

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, 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. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me 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.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No presente **mandamus**, como dito, insurge-se o impetrante, em síntese, contra a não aplicação do art. 400, do Código de Processo Penal, em processo criminal regido por lei especial – no caso, Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, postula pelo restabelecimento de regime de cumprimento de pena estabelecido em sentença condenatória.

Passo, então, inicialmente, à análise de suposta inobservância da regra estabelecida pelo art. 400, do Código de Processo Penal, que enuncia, **in verbis**:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Da decisão de fl. 108, extrai-se, no que interessa, o seguinte trecho:

Cumpre-me inicialmente analisar a preliminar argüida pela d. defesa do acusado: em verdade, a despeito de tal previsão no art. 400 do CPP, introduzida pela Lei nº 11.719/08, é sabido que, **in casu**, incide a Lei Especial de Drogas, Lei 11.343/06



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que prevê inicialmente o interrogatório do acusado, seguido da inquirição das testemunhas (art. 57). Dessa maneira, prevalecendo lei especial sobre a geral, rejeito a preliminar argüida.

O Tribunal impetrado, por sua vez, manifestou-se da seguinte forma sobre a suposta nulidade (fls. 296/297):

PRELIMINAR DE NULIDADE: Inicialmente, cumpre-me ressaltar que não merece acolhimento a preliminar de nulidade da instrução, argüida pela defesa, ao argumento do que não houve observância do rito processual previsto no art. 400 do CPP, que determine que o interrogatório do acusado deve ser realizado após a produção das demais provas.

Como se sabe, o CPP é expresso ao estabelecer, em seu art. 563, que as nulidades no processo penal somente devem ser declaradas quando trouxerem prejuízo efetivo, entendimento esse inclusive sumulado pelo STF (Súmula 523).

No presente caso, malgrado a defesa alegue a existência de nulidade, não indicou o prejuízo supostamente sofrido.

Saliente-se que a defensora do acusado estava presente na audiência e em nenhum momento se insurgiu quanto a sistemática adotada pelo Juiz. (fls. 110/117).

Diante disso, considerando que não houve demonstração de qualquer prejuízo à defesa, rejeito a preliminar, tendo-a, no caso específico, como mera irregularidade.

Inexistindo outros questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo à análise do mérito dos recursos.

Destarte, a alegação de violação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o qual determina que o interrogatório seja realizado após a produção das provas testemunhais e periciais, não merece acolhimento. Isso porque, como todos sabem, consoante dispõe o art. 394, § 2.º, do referido diploma legal, "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial".

Ora, "se a Lei 11.343/06 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 do Código de Processo Penal prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois, como visto, as regras do procedimento comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas." (HC nº 195.796/DF, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe 28/06/2012).

Nesse mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OITIVA DO RÉU ANTES DAS TESTEMUNHAS. LEGALIDADE. RITO ESPECIAL PREVISTO NA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Para o julgamento dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a oitiva do réu ocorra após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra da especialidade (art. 394, § 2º, segunda parte, do Código de Processo Penal).

2. Ordem de **habeas corpus** denegada.

(HC nº 165.034/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe 09/10/2012.)

Assim, não existe, quanto a este ponto, qualquer ilegalidade a ser sanada e/ou reconhecida.

Por sua vez, quando ao pleito subsidiário – de restauração do regime de cumprimento de pena estabelecido pela sentença –, cabe, aqui, algumas considerações.

Veja, de início, o que disse o Tribunal de Justiça mineiro, ao julgar o recurso de apelação (fl. 303):

Pretende, ainda, o parquet, através do recurso interposto, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda imposta ao réu. Pois bem, razão lhe assiste.

Isso porque, conforme o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, a pena imposta pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, devendo, portanto, ser alterado o regime inicial fixado na sentença, consoante requereu o ilustre parquet.

Cumprе ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar recentemente o **Habeas Corpus** nº 111.840, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, o qual determina que a sanção segregatória pela prática do delito de tráfico seria cumprida em regime inicial fechado.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado,

em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Neste julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo".

Não se olvida, contudo, que, antes mesmo desse pronunciamento definitivo, tanto a colenda Corte Constitucional, quanto este Tribunal Superior, já vinham superando o óbice legal e concedendo o regime mais brando quando ausentes os requisitos a impor o regime fechado, a fim de que fossem observados os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

O certo é, então, que a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no parágrafo 2º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.

Partindo-se, dessarte, da quantidade de sanção privativa de liberdade aplicada ao acusado, faz-se imprescindível, para a imposição de regime mais rigoroso à purgação da pena segregatória, concreta e individualizada fundamentação acerca da presença de circunstâncias desabonadoras em relação ao paciente, nos termos do parágrafo 3º do art. 33 do Código Penal.

Dessa forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Diploma Repressivo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.
Nesse sentido:

(...)

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso dos autos, considerando o **quantum** da pena estabelecido e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime intermediário, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto".

6. **Habeas corpus** parcialmente concedido para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto.

(HC 190.780/SC, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 17/10/2012).

Diante do exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento ao presente **habeas corpus**. Contudo, concedo a ordem de ofício, a fim de restabelecer o regime de cumprimento de pena fixado na sentença.

Publique-se.

Intime-se.

Em suas razões, sustenta, inicialmente, "que não pode prosperar o não conhecimento do **writ**, que possui previsão na Constituição Federal, de onde não se extrai o impedimento de sua utilização como substitutivo de recurso próprio" (fl. 363).

Quanto ao mérito, aduz que, "independentemente do crime praticado e do procedimento aplicado" (fl. 365), deve ser observada a redação atual do art. 400, do Código de Processo Penal, uma vez que isso dará uma "maior efetividade aos princípios constitucionais da ampla defesa do contraditório, permitindo ao acusado manifestar-se ao final do processo sobre todas as provas contra ele produzidas" (fls. 364/365).

Por fim, indica que "o próprio Supremo Tribunal Federal aplicou o atual art. 400 do CPP em detrimento do art. 7º da Lei nº 8.038/90, que prevê o interrogatório do réu no início da instrução criminal nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça" (fls. 365/366), bem como afastou a "norma específica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista em legislação especial quando do julgamento dos **Habeas Corpus** nº 115.698 e 115.530, nos quais restou consognado que a regra da legislação processual comum deveria também ser observada nos feitos sujeitos ao Código de Processo Penal Militar" (fls. 366/367).

Diante disso, requer "ao eminente relator a reconsideração da decisão ora agravada ou, ainda, que seja o presente agravo submetido à apreciação da Turma, pugnando-se pela reforma da decisão para que seja declarada a nulidade do processo desde o interrogatório do réu, realizado no início da instrução criminal, em desobediência ao art. 400 do CPP, determinando-se a realização de nova instrução criminal" (fls. 369/370).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 267.702 - MG (2013/0094482-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Por oportuno, ressalte-se que este relator estava autorizado, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, a negar seguimento ao **habeas corpus**, pois em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Recentemente, este Tribunal Superior passou a negar seguimento e/ou não conhecer de **habeas corpus** voltado à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, por não ser ele substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário, mas sim 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, entendimento esse que conta com o louvável reforço da Suprema Corte (STF, Primeira Turma, HC n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, julgado em 29/8/2012; STF, Primeira Turma, HC n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, julgado em 22/8/2012; STF, Primeira Turma, HC n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgado em 21/8/2012).

A meu ver, calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passei 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.

Entretanto, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, analisei as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, ocasião em que vislumbrei determinada ilegalidade suportada pelo agravante – regime de cumprimento de pena fixado, tão só, com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 –, não existindo, quanto ao mais, qualquer irregularidade a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício.

Com efeito, afirmei, naquele momento, que a alegação de violação ao art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

400 do Código de Processo Penal, o qual determina que o interrogatório seja realizado após a produção das provas testemunhais e periciais, não mereceria acolhimento. Isso porque, como era cediço, consoante dispõe o art. 394, § 2º, do referido diploma legal, "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial".

Em complemento, disse, citando o Ministro Jorge Mussi, que "se a Lei 11.343/06 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 do Código de Processo Penal prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois, como visto, as regras do procedimento comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas" (HC n. 195.796/DF, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe 28/06/2012).

Nesse sentido caminhava, como ainda caminha, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como abaixo se vê:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OITIVA DO RÉU ANTES DAS TESTEMUNHAS. LEGALIDADE. RITO ESPECIAL PREVISTO NA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. RÉU REINCIDENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Para o julgamento dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que a oitiva do réu ocorra após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra da especialidade (art. 394, § 2º, segunda parte, do Código de Processo Penal).

2. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

3. Writ denegado. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, no tocante à dosimetria da pena, reduzir a reprimenda da Paciente para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantido o regime inicial fechado. (HC 260.795/DF, Rel. a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 28/02/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a persecutio criminis in iudicio até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do habeas corpus, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o writ foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ARTIGO DA LEI 11.343/2006 E ARTIGO 14 DA LEI 10.826/2003). APONTADA NULIDADE DO PROCESSO EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS E DO ACUSADO PREVISTA NO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DE RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL.

1. A Lei 11.343/2006 regulamenta o procedimento a ser seguido nas ações penais deflagradas para a apuração da prática dos delitos ali descritos, dentre os quais o de tráfico de entorpecentes, estabelecendo, assim, rito especial em relação ao comum ordinário, previsto no Código de Processo Penal.

2. Por conseguinte, e em estrita observância ao princípio da especialidade, existindo rito próprio para a apuração do delito atribuído ao paciente, afastam-se as regras do procedimento comum ordinário previstas no Código de Processo Penal, cuja aplicação pressupõe, por certo, a ausência de regramento específico para a hipótese.

3. Se a Lei 11.343/2006 determina que o interrogatório do acusado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 do Código de Processo Penal prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois, como visto, as regras do procedimento comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.

CONEXÃO ENTRE O DELITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006 E O DISPOSTO NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA.

1. Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.

2. A adoção de procedimento incorreto só pode conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes, o que, de fato, não se verifica ter ocorrido na hipótese, já que a impetrante se limitou a pleitear a anulação da ação penal sem declinar, contudo, a extensão de eventuais danos suportados pela defesa.

3. Nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado o prejuízo dela decorrente, circunstância que impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROCESSOS TRANSITADOS EM JULGADO EM DESFAVOR DO PACIENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES NAS QUAIS CONSTAM CONDENAÇÕES, INCLUSIVE COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Consoante a pacífica jurisprudência deste Sodalício e do Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações anteriores ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

2. No caso dos autos, embora a impetrante tenha consignado inexistirem condenações transitadas em julgado em desfavor do paciente, não é isso que se colhe de sua folha de antecedentes penais, na qual existem processos nos quais foi condenado, sendo que em um deles sua punibilidade já foi inclusive extinta pelo cumprimento da pena, circunstância que autoriza a fixação de sua reprimenda básica acima do mínimo legal.

PRETENDIDA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE.

1. De acordo com o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, a incidência da causa de diminuição nele prevista pressupõe que o acusado seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas nem íntegra organização criminosa.

2. Ora, havendo nos autos comprovação de que o paciente seria reincidente, possuindo contra si inúmeros inquéritos policiais e ações penais, algumas inclusive com condenação e cuja pena já foi extinta pelo cumprimento, inviável a incidência da minorante em questão.

FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO.

SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DO SURSIS PROCESSUAL. BENEFÍCIOS INCOMPATÍVEIS COM O CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS E QUANTIDADE DE REPRIMENDA IMPOSTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Reconhecidos os maus antecedentes do paciente e mantida a reprimenda a ele imposta, que totalizou de 10 (dez) anos de reclusão, inviável a fixação de regime inicial distinto do fechado para o seu resgate, tampouco a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão do sursis, já que a presença de circunstâncias judiciais negativas e o montante de sanção aplicada impedem o reconhecimento de tais benefícios, nos termos dos artigos 33, 44, e 77 do Código Penal.

2. Habeas corpus não conhecido

(HC 184.530/RJ, Rel. o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 15/02/2013)

Assim, não existia, e ainda não existe, ilegalidade flagrante a ser corrigida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0094482-6

AgRg no
HC 267.702 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 06505875720118130000 10000110650587 10024112952593 2952593522011
6505875720118130000

EM MESA

JULGADO: 24/09/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.