



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.249 - MS (2010/0044974-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ORLANDO ARTHUR FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : NIVALDO APARECIDO DE SOUZA (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. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. 4. NULIDADE DA ESCUTA TELEFÔNICA REALIZADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; NULIDADE DO INTERROGATÓRIO JUDICIAL, DEVIDO À ADVERTÊNCIA AO RÉU DE QUE, EMBORA NÃO FOSSE OBRIGADO A SE MANIFESTAR, SEU SILÊNCIO PODERIA SER INTERPRETADO EM PREJUÍZO DA DEFESA; NULIDADE DA SENTENÇA PELA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO CRIME DE RECEPÇÃO DOLOSA E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA, NA PARTE EM QUE FIXOU A PENA DO TRÁFICO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TEMAS NÃO APRECIADOS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 5. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DEDICAÇÃO À PRÁTICAS CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL 6. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, 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. As alegações de nulidade da escuta telefônica realizada sem autorização judicial; nulidade do interrogatório judicial, devido à advertência ao réu, de que, embora não fosse obrigado a se manifestar, seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa; nulidade da sentença pela falta de fundamentação quanto ao crime de receptação dolosa e de falta de fundamentação da sentença, na parte em que fixou a pena do tráfico acima do mínimo legal, não foram submetidas e, tampouco apreciadas pelo Tribunal **a quo**, o que impede seu exame por esta Corte Superior, sob pena de inadmissível supressão de instância.

4. Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerou-se, em especial, a dedicação à práticas criminosas; essa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**.

5. 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), 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.249 - MS (2010/0044974-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Nivaldo Aparecido de Souza, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006 e 180, **caput**, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual o Tribunal **a quo** negou provimento, em acórdão assim ementado (fl. 356):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS CLARAS E SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO - APLICAÇÃO DO § 40 DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 - NÃO INCIDÊNCIA - TRÁFICO PRATICADO DE FORMA HABITUAL - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USUÁRIO - NEGADO - TRAFICÂNCIA COMPROVADA - RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em absolvição, quando as provas carreadas aos autos são uníssonas em apontar a autoria dos delitos de Tráfico e Receptação.

Da mesma forma, impossível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 40, da Lei de Drogas, pois o apelante praticava o Tráfico de forma habitual.

Por fim, o pedido de desclassificação do crime de Tráfico para o de Usuário não merece prosperar quando a traficância ficar devidamente comprovada.

Daí a presente impetração em que se pleiteia, em síntese :



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- a) a nulidade da escuta telefônica realizada sem autorização judicial;
- b) a nulidade do interrogatório judicial, devido à advertência ao réu, de que, embora não fosse obrigado a se manifestar, seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa;
- c) aplicação da causa de diminuição de pena de cuida o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.3443/06, em seu grau máximo, já que preenchidos os pressupostos legais;
- d) nulidade da sentença pela falta de fundamentação quanto ao crime de receptação dolosa;
- e) falta de fundamentação da sentença, na parte em que fixou a pena do tráfico acima do mínimo legal.

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 391) e as informações prestadas (fls. 395/413).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls.417/422).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.249 - MS (2010/0044974-7)

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.

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

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição Federal 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.

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

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. Logo, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (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.

Inicialmente, quanto à nulidade da escuta telefônica realizada sem autorização judicial; à nulidade do interrogatório judicial, devido à advertência ao réu, de que, embora não fosse obrigado a se manifestar, seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa; à nulidade da sentença pela falta de fundamentação quanto ao crime de receptação dolosa e à falta de fundamentação da sentença, na parte em que fixou a pena do tráfico acima do mínimo legal, tais temas deixaram de ser objeto de exame pelo acórdão que se inquina de ato coator.

Portanto, não tendo sido as matérias levadas a conhecimento das instâncias anteriores, também não é possível a esta Corte Superior aferir eventual ilegalidade perpetrada, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida ao Superior Tribunal de Justiça, no art. 105 da Carta Magna.

Ainda que manejado o recurso ordinário cabível, nos termos do art. 105, II, da Constituição Federal, esta Corte não teria competência para analisar tema não "decidido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em única ou última instâncias pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão".

Ao ensejo:

*PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SOLTURA NO PRIMEIRO GRAU. PERDA DO OBJETO. 1. Matéria não decidida pelo Tribunal de origem (trancamento da ação penal) não se submete ao crivo do STJ, em sede de habeas corpus, sob pena de supressão de instância, pois, em **ultima ratio**, está-se a atacar o que decido no primeiro grau de jurisdição, em flagrante afronta à regra de competência insculpida no art. 105, inciso I, letra "c" e inciso II, letra "a" da Constituição Federal. 2. Concedida liberdade provisória à paciente, pelo juízo de primeiro grau, o pleito, neste particular, encontra-se prejudicado. 3. **Habeas corpus** em parte prejudicado e, no mais, não conhecido. (HC 141693/BA, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 05/09/2012.)*

*RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. HOMICÍDIO. (...). CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. LEGÍTIMA DEFESA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **WRIT** NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. 1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegada tese de que o recorrente teria agido em legítima defesa, tendo em vista que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal impetrado, tornando-se impossível conhecer-se do writ nesse ponto, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância. 2. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, recurso improvido. (RHC 33.208/PB, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 11/09/2012.)*

Não se pode descurar, por fim, que admitir a análise direta por esta Corte de eventual ilegalidade não submetida ao crivo do Tribunal de origem denotaria patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir.

Nos termos do que bem elucidou a Ministra Rosa Weber, "ação constitucional que é, não pode ser o **writ** amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico" (HC 106377, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgado em 21/08/2012).

No caso dos autos, salta aos olhos que a impetração deste **habeas corpus**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se presta justamente à finalidade combatida por este Tribunal Superior, que conta, agora, com o louvável reforço da Suprema Corte. Com efeito, as alegações não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede a verificação da existência de flagrante ilegalidade apta a ensejar, até mesmo, a concessão de **habeas corpus** de ofício.

No tocante à aplicação da causa de diminuição de pena de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, melhor sorte não assiste ao paciente.

No ponto, veja-se o que assentou o acórdão impugnado (fl. 360):

Verifica-se que, ao elaborar a nova Lei de Drogas (11.343/06), o legislador se preocupou em punir com mais rigor o traficante profissional, elevando a pena mínima de 3 (três anos) - prevista na Lei nº 6.368/76 - para 5. (cinco) anos e, de forma louvável, realizando a distinção entre o traficante profissional ou habitual - que vive única e exclusivamente para a prática da traficância e de outros delitos (roubos, sequestros, etc) - e o traficante ocasional ou accidental, mais conhecido como "mula" - que pratica o ilícito penal em decorrência de sua situação econômica (desemprego ou até miséria absoluta) ou devido sua dependência doente (transporte ou vende o entorpecente para conseguir alimentar seu vício),. ou seja, sua conduta se caracteriza por ausência de habitualidade e caráter não profissional.

No caso em tela, constata-se que a conduta do apelante não se enquadra nos requisitos elevados no § 40 do art. 33 da Lei de drogas, pois, ficou demonstrado que Nivaldo Aparecido de Souza dedicava-se. à atividade criminosa há pelo menos cinco meses.

A apreciação desse pleito por esta Corte é inviável na estreita via do **habeas corpus**, por necessitar de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na estreita via cognitiva do **writ**, notadamente quando as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação das provas, reconheceram a dedicação, pelo paciente, à práticas criminosas.

Assim, para afastar eventual constrangimento ilegal quanto ao reconhecimento da prática reiterada da traficância, seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do **habeas corpus**.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06 E REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EXISTÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO ORGANIZADA E ESTÁVEL PARA A PRÁTICA REITERADA DOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI DE ENTORPECENTES. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O writ não foi criado para as finalidades aqui empregadas, de questionar o mérito da própria condenação e discutir a dosimetria da pena imposta em ação penal que tramitou de forma regular. Há que se utilizar o recurso cabível ou, após o trânsito em julgado, a revisão criminal. A prevalecer tal postura, os recursos ordinariamente previstos tornar-se-ão totalmente inócuos. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o habeas corpus no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

4. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias lograram fundamentar de forma concreta a ocorrência do delito de associação para o tráfico, porquanto vislumbraram a existência de associação organizada e estável para a prática reiterada dos crimes previstos no artigo 33, caput, da Lei de Entorpecentes. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de habeas corpus.

5. Concluído pelo Colegiado estadual, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a minorante do art. 33, § 4º, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, o que, consoante é cediço, é inviável na via estreita do writ.

6. Ademais, ante a superveniência do trânsito em julgado da condenação, a ação apropriada à espécie seria a revisão criminal, uma vez que os estreitos lindes do remédio heroico não permite a desconstituição de sentença condenatória já coberta pelo manto da coisa julgada, sobretudo quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática.

*7. Ordem denegada. (HC 139.961/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 30/05/2012.)*

Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na presente via.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0044974-7

HC 165.249 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090123013 43080007549

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ORLANDO ARTHUR FILHO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : NIVALDO APARECIDO DE SOUZA (PRESO)

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."

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.