



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.744 - SP (2010/0153533-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : ITAMAR DINIZ ESCOBAR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITAMAR DINIZ ESCOBAR (PRESO)
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 ENTORPECENTES. 4. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. MATÉRIA DE EXAME INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. 5. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELA REINCIDÊNCIA PARA AMBOS OS CRIMES. OCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL **A QUO**. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 6. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. 7. 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. O entendimento, tanto do juízo sentenciante, quanto do Tribunal de Justiça acerca de estar devidamente comprovada a materialidade delitiva, bem como de existirem elementos suficientes à determinação da autoria, não pode ser revisto na via estreita do **habeas corpus**. Para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário um completo e aprofundado reexame dos fatos e provas integrantes dos autos, procedimento sabidamente incompatível com os estreitos limites do remédio heroico.

4. Não tendo sido a matéria atinente à alegação de **bis in idem** na fixação da pena-base, objeto de exame pelas 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, qual seja: analisar tema "decidido em única ou última instâncias pelos Tribunais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

5. Para a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no referido dispositivo. Hipótese em que se considerou, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade da droga apreendida - qual seja, 1,018 kg (um quilo e dezoito gramas) de crack, quantidade apta a atingir um número bem vasto de usuários.

6. **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 182.744 - SP (2010/0153533-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado, em benefício próprio, por Itamar Diniz Escobar, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta da impetração que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses pela prática dos delitos descritos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, a ser cumprida em regime fechado.

Interposta apelação, a Décima Câmara do Quinto Grupo da Seção Criminal deu parcial provimento ao recurso para esclarecer que a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Alega o impetrante, em síntese, que não há provas nos autos suficientes para sua condenação; que deve ser aplicada a causa especial de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 e que houve **bis in idem** na consideração da reincidência para agravar a pena, tanto quanto ao crime do art. 33 quanto ao do art. 35, da Lei de Drogas.

Assim, busca seja reconhecida sua inocência. Alternativamente, pede seja refeita a dosimetria, excluindo-se o aumento da pena-base pela reincidência para ambos os crimes e que seja aplicada a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Sem pedido liminar, foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 51/55), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.744 - SP (2010/0153533-3)

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 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 pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a 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, tanto o juízo sentenciante, quanto o Tribunal de Justiça, após profunda imersão no conjunto probatório inserto nos autos, entenderam estar devidamente comprovada a materialidade delitiva, bem como existirem elementos suficientes à determinação da autoria.

Nesse contexto, não é possível conhecer do pedido de absolvição por ausência de prova idônea para a condenação, uma vez que, para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário um completo e aprofundado reexame dos fatos e provas integrantes dos autos, procedimento sabidamente incompatível com os estreitos limites do remédio heroico, caracterizado pelo rito célere e por não comportar dilação probatória.

Nesse sentido são os precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior:

A - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. VIA ELEITA INADEQUADA. DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. PENA BASE ESTABELECIDADA NO PISO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO COM ESTEIO NA GRAVIDADE DO DELITO DE ROUBO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas corpus**.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do **habeas corpus** para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

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

IV. A absolvição do paciente não pode ser deduzida em sede de writ, pois tal análise demanda investigação de provas, vedada na via estreita do mandamus.

[...]

X. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n.º 229.219/SP, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJe de 1º/8/2012)

B - HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ALEGADA INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. EXECUÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Verificando-se que as instâncias ordinárias, após o exame do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do paciente pelo delito de roubo majorado, mostra-se inviável absolvê-lo por insuficiência de provas, como pretendido.

2. Para entender de modo diverso, proclamando-se a absolvição do paciente em relação ao delito que lhe foi imputado, seria necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus, diante da celeridade do seu rito procedimental, notoriamente marcado pela ausência de dilação probatória.

[...]

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada. (HC nº 179.620/MS, Relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, Dje de 25/4/2012)

No mesmo sentido é a uníssona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A - PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO (CP ART. 157, § 2º, INC. I). ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE DE REEXAME DE PROVAS NO RITO ESTREITO DO WRIT. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TEMA NÃO AVENTADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR ESSA RAZÃO NÃO CONHECIDO PELO STJ. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para chegar-se à absolvição (HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009).

[...]

5. Recurso ordinário desprovido

(RHC nº 111.433/DF, Relator o Ministro **LUIZ FUX**, DJe-120 DIVULG 19-06-2012, PUBLIC 20-06-2012)

Outrossim, não tendo sido a matéria levada a conhecimento das instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Destaque-se que, 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 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.)*

No tocante à alegação de ocorrência de **bis in idem** na fixação da pena-base pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, melhor sorte não acolhe o impetrante/paciente, uma vez que o tema deixou de ser objeto de debate e decisão pelo Tribunal **a quo**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se pode descurar 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.

Com efeito, a alegação do impetrante/paciente acerca da dupla consideração da reincidência para agravamento da reprimenda não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, o que impede de se verificar a existência de flagrante ilegalidade apta a ensejar, até mesmo, a concessão de **habeas corpus** de ofício.

Quanto à aplicação da causa de redução de pena, assim se manifestou o Tribunal de Justiça (fls. 29):

As penas foram corretamente fixadas e devem ser mantidas. A redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não pode ser aqui adotada, visto que era elevada a quantidade de droga portada pelos apelantes, devendo prevalecer o previsto no artigo 42, da citada lei.

Observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução em seu patamar máximo, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na quantidade da droga apreendida - qual seja, 1,018 kg (um quilo e dezoito gramas) de crack, quantidade apta a atingir um número bem vasto de usuários.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Neste ponto, para se acolher a tese defensiva 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, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE **HABEAS CORPUS** DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 2.138 gramas de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. 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.

6. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso.

8. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

9. Ordem de **habeas corpus** denegada.

(HC 203.507/SP, Rel. a Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0153533-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 182.744 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11124953

13022006

6250120060201950

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 : ITAMAR DINIZ ESCOBAR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ITAMAR DINIZ ESCOBAR (PRESO)

ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

CORRÉU : RUBENS MARCELO FERREIRA DA SILVA

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.