



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.611 - SP (2011/0220624-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS BAYONA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO ALVES DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. CONCESSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. NÃO CONHECIMENTO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de *habeas corpus* pode substituir a apelação defensiva desde que, para a sua apreciação, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão, determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem, que analisará o seu mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 13 de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.611 - SP (2011/0220624-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS BAYONA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO ALVES DE SOUZA (PRESO)
RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *remédio heroico*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de MARIO ALVES DE SOUZA, ao argumento que ele sofre constrangimento ilegal porque o Tribunal *a quo* indeferiu liminarmente o *writ* em que se pleiteava substituir o regime inicial fechado pelo aberto para cumprimento inicial da pena e a possibilidade de aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

Notícia que o Colegiado Estadual não conheceu da ordem, sob o fundamento de que os pleitos requeriam o exame do mérito da causa, sendo que o *habeas corpus* não é substitutivo nem sucedâneo do recurso expressamente previsto para a hipótese, ou seja, apelação.

Aduz o impetrante que o ora paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, porquanto as circunstâncias e consequências apontadas pela sentença como a ele desfavoráveis, por serem inerentes ao tipo, não podem ser utilizadas como fundamento para a majoração da pena-base. Assevera, ainda, que a decisão que determinou a condenação ao cumprimento da pena em regime inicial fechado, diante da desproporção entre a culpabilidade e a reprimenda, foge do objetivo da sua ressocialização, em face do princípio constitucional da individualização. Ressalva que, em função dos argumentos e da jurisprudência dos Tribunais Superiores favoráveis à pretensão, deve ser modificado o regime inicial, bem como admitida a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois, diante do reconhecimento da incidência da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), resta descaracterizada a hediondez do delito. Por fim, requer sejam devolvidos os autos ao eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para análise do mérito.

Postulou o provimento do *mandamus*, a fim de que o paciente aguarde o julgamento em liberdade e, no mérito, seja concedida a benesse pleiteada.

Indeferi a liminar (fls. 29/30).

Prestadas as informações (fls. 38/60).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

64/66)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.611 - SP (2011/0220624-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS BAYONA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO ALVES DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. CONCESSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. NÃO CONHECIMENTO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de *habeas corpus* pode substituir a apelação defensiva desde que, para a sua apreciação, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão, determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem, que analisará o seu mérito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.611 - SP (2011/0220624-0)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS BAYONA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO ALVES DE SOUZA (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

A pretensão do paciente é de que esta Corte reconheça a possibilidade de ele cumprir a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, em regime mais brando do que o estipulado pela Lei dos Crimes Hediondos, além de ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

Destarte, o acórdão atacado adotou entendimento divergente à orientação uníssona desta Corte Superior de Justiça de que, apesar de existir recurso próprio - apelação defensiva -, a ação de *habeas corpus* pode substituí-lo, desde que, para a sua apreciação, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO PORQUE PENDENTE DE JULGAMENTO O APELO DEFENSIVO. QUESTÃO DE DIREITO QUE INDEPENDE DO EXAME APROFUNDADO DA PROVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES.

- 1. Inexiste qualquer impedimento ao conhecimento do writ pelo Tribunal a quo, nem se verifica, na espécie, inadequação da via eleita, uma vez que a análise da questão sub examine prescinde de qualquer incursão na seara probatória, tratando-se de questão de direito, consubstanciada, basicamente, na aferição da observância aos artigos 59 e 68 do Código Penal na individualização da pena do Paciente, pelo Juízo prolator da sentença condenatória. Precedentes.*
- 2. Ordem concedida, para determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito do habeas corpus originário, decidindo como entender de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito.

(HC 180.875/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

No mesmo diapasão, os seguintes julgados: HC 86.367/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 259; HC 42.116/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2005, DJ 01/07/2005, p. 585

Outrossim, ao contrário do entendimento firmado pelo Tribunal a *quo* no acórdão impugnado, é possível desconstituir a sentença condenatória por meio de *habeas corpus*, se verificada a existência de flagrante ilegalidade, aplicando-se o princípio da fungibilidade entre ele e o apelo defensivo.

Diante do exposto, conheço do *writ* e concedo a ordem para, cassando o v. acórdão do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, determinar que julgue o pedido como lhe parecer de direito, pois a utilização do remédio heroico, na espécie, é instrumento jurídico-constitucional reconhecido jurisprudencialmente como adequado, em tese, ao fim buscado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0220624-0

HC 218.611 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1192011 1816595920118260000 2910120110018896

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS BAYONA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO ALVES DE SOUZA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.