



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.627 - DF (2012/0146109-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : JAMILE VASCONCELOS MIDAUAR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WELBERT BARBOSA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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

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

- A natureza e expressiva quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 26 pedras de crack - impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que insuficiente para a reprovação e repreensão do delito, como exigido nos termos do art. 44, III, do CP. Precedentes.

Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 05 de março de 2013(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.627 - DF (2012/0146109-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : JAMILE VASCONCELOS MIDAUAR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : WELBERT BARBOSA DOS SANTOS

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WELBERT BARBOSA DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, tão-somente, para reduzir a pena do paciente, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime fechado, por infração ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Eis a ementa do v. julgado:

PENAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. - ASBSOLUÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA - INVIABILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA. ILEGALIDADE DA APREENSÃO REALIZADA NA RESIDÊNCIA - INEXISTENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há que se falar em ausência de provas suficientes para embasar o decreto condenatório, pois tanto a materialidade quanto a autoria restaram devidamente configuradas no conjunto probatório, que foi ratificado pelas declarações dos agentes de polícia que efetuaram a prisão em flagrante e dos usuários que adquiriram as drogas com o acusado.

Não se opera a devolução dos valores apreendidos com o acusado, tendo em vista que não logrou demonstrar sua origem lícita.

Prescinde de autorização a busca e apreensão realizada por agentes de polícia na residência do acusado; em se tratando de prisão em flagrante e pela guarda de substância entorpecente.

A quantidade e natureza da droga encontrada com o agente deve ser considerada na causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, bem como para a possibilidade de substituição da pena privativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade por restritiva de direitos. (fl. 317).

No presente *writ*, busca a impetrante, em suma, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais pelo paciente.

Liminar indeferida.

A Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo não conhecimento da ordem (fls. 419-423).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.627 - DF (2012/0146109-1)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

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

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

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

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

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

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

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico 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. Precedentes

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

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

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

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

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

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

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

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

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

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio. Ademais, não vislumbro manifesta ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício por esta Corte.

O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte. A natureza e grande quantidade de entorpecente apreendida em poder do paciente - 26 pedras de crack -, assim considerada inclusive para afastar a aplicação do redutor máximo da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que insuficiente e inadequada para os fins de reprovação e prevenção do delito, conforme se exige o inciso III, do art. 44, do CP.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (500 g DE PASTA BASE DE COCAÍNA). 2. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida.

2. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, ainda que a pena tenha sido fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 9 (nove) dias de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e a fixação do regime prisional mais brando não se mostram adequadas, haja vista a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (500g de pasta-base de cocaína). Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 243.539/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 15/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. LEI DE DROGAS. TESE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE DO EXAME NA VIA DO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO GRAU DE DIMINUIÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO JULGADOR. LIMITES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, COM PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. DESCABIMENTO. CRIME PRATICADO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA SUPREMA CORTE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. A definição do percentual da causa de redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, integra o juízo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discricionariedade do julgador, que encontra suas balizas nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e, com preponderância, na natureza e quantidade de droga apreendida, personalidade e conduta social do agente. Precedentes.

3. É cabível o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a despeito de o Acusado ter sido condenado definitivamente à pena inferior a 4 anos de reclusão, com alicerce no exame das circunstâncias judiciais e na quantidade e qualidade das drogas apreendidas em seu poder, pois esses parâmetros podem evidenciar que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal. Precedentes.

(...)

5. Nesses termos, tendo sido mantido o regime prisional inicial fechado com base apenas no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 11.464/2007, tem o Acusado direito ao regime aberto de cumprimento da pena, já que condenado à pena de 02 (dois) e 06 (seis) meses de reclusão e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, a teor do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.

6. Agravo regimental parcialmente provido para fixar o regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. (AgRg no AREsp 162.280/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/09/2012).

Ante o exposto, não conheço do presente *writ*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0146109-1

HC 248.627 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100112192429 701161320108070001

EM MESA

JULGADO: 05/03/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JAMILE VASCONCELOS MIDAUAR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : WELBERT BARBOSA DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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