



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.255 - DF (2011/0266790-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : TEREZINHA BEZERRA DO NASCIMENTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. 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. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– Apesar da pena ter sido fixada em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a gravidade em concreto do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - porte de 20,18g (vinte gramas e dezoito centigramas) de merla e 36 (trinta e seis) porções de crack, pesando um total de 15,18g (quinze gramas e dezoito centigramas) - inviabiliza a concessão da referida benesse legal, nos termos do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).

Brasília, 07 de março de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.255 - DF (2011/0266790-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : TEREZINHA BEZERRA DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado em benefício de TEREZINHA BEZERRA DO NASCIMENTO, contra ato do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Extraí-se dos autos que a paciente foi condenada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, tendo o juiz da vara de execuções deferido o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que concedeu provimento ao recurso para cassar a substituição da pena. Eis a ementa do julgado:

RECURSO DE AGRAVO -EXECUÇÃO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CONDENAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - INVIABILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS - REFORMA DA DECISÃO.

I. Apesar de a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas ter sido realizada em C controle incidental, nos autos do HC 97.256/RS, o efeito erga omnes encontra respaldo na teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

II. A concessão da benesse depende da análise do caso concreto. Além dos requisitos do artigo 44 do Código Penal, deve-se avaliar as circunstâncias em que o crime foi cometido. A grande quantidade de entorpecente apreendido, evidencia que medida não é socialmente recomendável.

III. Recurso provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *writ*, sustenta a impetrante constrangimento ilegal decorrente da negativa da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, alegando a inconstitucionalidade da vedação, requerendo seja concedida a substituição.

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 91-93).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.255 - DF (2011/0266790-7)

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 especial. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o 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. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Assim, seguindo esta nova orientação da e. Suprema Corte, verifico que, *in casu*, trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, razão pela qual deixo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecer o presente *writ*.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Como visto, pleiteia-se com esta impetração a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 97.256/RS, em 1/9/2010, declarou a inconstitucionalidade da vedação da referida substituição, tendo Senado Federal editado a Resolução n. 5/2012 para suspender, dos arts. 33, § 4º e 44 da Lei n. 11.343/2006, a expressão "*vedada a conversão em pena restritiva de direito*".

Assim, não poderá o magistrado apenas invocar a literalidade da lei para não conceder a substituição da pena, devendo trazer fundamentação concreta para justificar a necessidade da prisão e a insuficiência das penas restritivas de direito.

No caso, o Tribunal de origem, ao negar o benefício ao ora paciente assim consignou:

A substituição da pena no crime de tráfico tornou-se possível com a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06. Mas a concessão da benesse depende da análise do caso concreto. Além dos requisitos do artigo 44 do Código Penal, deve-se avaliar as circunstâncias em que o crime foi cometido.

{...}

No caso, a quantidade de droga apreendida - 20,18g (vinte gramas e dezoito centigramas) da substância conhecida como 'merla' e 36 (trinta e seis) porções do material conhecido como 'crack', massa bruta de 15,18g (quinze gramas e dezoito centigramas) - não permite a substituição. A quantidade de entorpecentes é significativa. O alto poder destrutivo do 'crack' inibe a medida. Relevante registrar que a agravada trafica drogas com seus filhos. A medida não é socialmente recomendável, ainda que algumas circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis pelo Julgador que não aplicou a pena mínima em face da quantidade de entorpecentes.

Verifica-se que o acórdão recorrido não concedeu a substituição da pena mediante concreta fundamentação - elevada quantidade de droga apreendida - não havendo se falar em ilegalidade da decisão.

Apesar da pena ter sido fixada em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a gravidade em concreto do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - porte de 20,18g (vinte gramas e dezoito centigramas) de merla e 36 (trinta e seis) porções de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crack, pesando um total de 15,18g (quinze gramas e dezoito centigramas) - inviabiliza a concessão da referida benesse legal, nos termos do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Confirmam-se, aliás, os seguintes julgados:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO JULGADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. SUBSTITUIÇÃO NEGADA EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

NÃO OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e quantidade das drogas apreendidas - 111 micropontos de LSD e 43 comprimidos de ecstasy - não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Ordem não conhecida. (HC 261.788/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 1.3.2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NÃO RECOMENDADA DIANTE DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE.

1. A natureza e a quantidade da droga apreendida (pouco mais de 2 Kg de cocaína), por evidenciarem a acentuada periculosidade do paciente, bem como a reprovabilidade da conduta praticada, não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 242.907/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 18.12.2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, constata-se não ser o caso de concessão da ordem de ofício, pois não há flagrante ilegalidade a sanar.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0266790-7

HC 224.255 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18872220118070015 20090110893299 20110020136818 20110110115103

EM MESA

JULGADO: 07/03/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: FERNANDO ANTONIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: TEREZINHA BEZERRA DO NASCIMENTO
CORRÉU	: CEICIANY BEZERRA DO NASCIMENTO
CORRÉU	: PAULO SÉRGIO BEZERRA DO NASCIMENTO

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).