



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.338 - MS (2013/0328597-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PATRICIA OTAVIO BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenada à pena de 01 ano e 08 meses, em regime inicial aberto, mais 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendida transportando 8,540kg de maconha.

4. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, conforme bem observado pelo Tribunal *a quo*, considerando, sobretudo, a quantidade e a qualidade da substância entorpecente apreendida (mais de 8 kg de maconha).

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.338 - MS (2013/0328597-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PATRICIA OTAVIO BARBOSA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de PATRICIA OTAVIO BARBOSA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso de Sul (Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 0000135-07.2012.8.12.0026/50000).

A Paciente foi condenada, em primeira instância, à sanção de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pela prática do delito do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendida transportando **8,540kg de maconha**.

A Defesa e o *Parquet* interpuseram recursos de apelação perante o Tribunal de origem, que reformou a sentença condenatória, nos seguintes termos: (i) deu parcial provimento ao apelo defensivo para **reduzir a pena para 01 ano e 08 meses de reclusão** e (ii) acolheu em parte a pretensão ministerial para fixar o regime inicial semiaberto e **excluir a conversão da sanção de prisão em sanção alternativa**.

Em seguida, a Corte *a quo* deu parcial provimento aos embargos infringentes e de nulidade oposto pela Paciente e **fixou o regime inicial aberto**. Todavia, manteve a impossibilidade de aplicação da medida despenalizadora prevista no art. 44 do Código Penal.

Neste *writ*, sustenta-se, em suma, que a Paciente faria jus à multicitada substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando-se que sua pena-base foi fixada no mínimo legal, com incidência da minorante do § 4.º do art. 33, no patamar máximo (2/3).

Postula-se, assim, inclusive *in limine*, seja assegurada à Apenada a "*substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*" (fl. 05).

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 80/81.

As judiciosas informações foram prestadas à fl. 90, com a juntada de peças



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se à fl. 119, opinando pela concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.338 - MS (2013/0328597-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenada à pena de 01 ano e 08 meses, em regime inicial aberto, mais 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendida transportando 8,540kg de maconha.

4. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, conforme bem observado pelo Tribunal *a quo*, considerando, sobretudo, a quantidade e a qualidade da substância entorpecente apreendida (mais de 8 kg de maconha).

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário constitucional, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “habeas corpus”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação do **injusto constrangimento que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul não substituiu a pena privativa de liberdade da Paciente por restritivas de direitos, cuja clareza da ementa dos embargos infringentes e de nulidade dispensa a transcrição do corpo do julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE FIXAVA O REGIME ABERTO E SUBSTITUÍA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PARCIAL PROVIMENTO.

Se não há nos autos nenhum elemento estranho ao crime em tela que justifique a fixação do regime mais gravoso ao embargante, deve ser observado o que dispõe o art. 33 do CP, no caso em tela, o recorrente foi condenado a pena inferior à 04 anos de reclusão, cujo regime deve ser o aberto nos termos da alínea 'C' do § 2.º do art. 33 do CP.

A considerável quantidade de drogas apreendidas em poder do embargante (8 quilos de maconha), nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, impossibilita a substituição da pena corporal por restritiva de direitos." (fl. 66; sem grifos no original)

Pois bem. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, conforme bem observado pelo Tribunal *a quo*, considerando, sobretudo, a quantidade e a qualidade da substância entorpecente apreendida (mais de 8 kg de maconha).

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC n.º 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

2. **Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável, em razão da quantidade de droga apreendida - 6,3 gramas de maconha e 1.465 gramas de haxixe. Precedentes.**

3. *Ordem de habeas corpus denegada.*" (HC 246704/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Dje de 13/08/2013; grifei.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. QUEBRA DA INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS. MATÉRIA SUSCITADA NAS ALEGAÇÕES FINAIS E NÃO DEBATIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL

1. No processo penal, à exceção das decisões provenientes do Tribunal do Júri, a apelação devolve à instância recursal originária o conhecimento de toda a matéria impugnada, ainda que não tenha sido objeto de julgamento pelo Juiz singular.

2. Assim, a omissão na sentença acerca da tese ventilada pela defesa, na fase de alegações finais, pode ser suprida em segunda instância, não havendo se falar em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

3. De outra parte, conforme o entendimento desta Corte Superior, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não afasta a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

4. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.

5. No caso, apesar de tratar-se de ré primária, com bons antecedentes, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, a natureza e a diversidade de droga apreendida – oito porções de maconha, 46 pedras de crack, um invólucro de cocaína – recomendam o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação.

6. Dentro das mesmas balizas, penso ser não ser socialmente recomendável o deferimento da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

7. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente." (HC 165.789/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 17/08/2011; destaqui.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0328597-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 278.338 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001350720128120026 1350720128120026

EM MESA

JULGADO: 25/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PATRICIA OTAVIO BARBOSA

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.