



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.257 - SP (2012/0202991-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON DIAS DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

4. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

em que era praticado o delito, demonstraram que, na espécie, a não conversão da sanção reclusiva se encontrava justificada, REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordo com o previsto no art. 33 do Código Penal.

2. A gravidade concreta do crime, evidenciada especialmente em razão da diversidade, quantidade e natureza dos entorpecentes capturados em poder do agente - **pouco mais de 1 Kg (um quilograma) de maconha, aproximadamente 294 g (duzentos e noventa e quatro gramas) de cocaína e, ainda, 142 ml (cento e quarenta e dois mililitros) de 'lança-perfume'** - justificam a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

3. *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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.257 - SP (2012/0202991-1)

IMPETRANTE : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAICON DIAS DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MAICON DIAS DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n.º 0014421-93.2010.8.26.0050, interposta pela defesa, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, e ao cumprimento da sanção de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial aberto, mais 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 16, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a imposição do modo de execução mais gravoso ao paciente teria se dado sem fundamentação idônea que justificasse a medida.

Alega que, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', o sentenciado preencheria os requisitos para iniciar o cumprimento da pena imposta pelo crime de tráfico de drogas também no regime aberto, pois é primário, possui bons antecedentes e a reprimenda foi inferior a quatro anos.

Ressalta, outrossim, que já teria sido afastada a vedação legal à fixação de regime inicial diverso do fechado aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, sendo perfeitamente cabível a imposição de modo de execução aberto ou semiaberto na hipótese.

Requeru, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, e, no mérito, que fosse fixado regime prisional mais brando.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.257 - SP (2012/0202991-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, bem como ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial aberto, mais 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 16, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, porque no dia 11-2-2010, por volta das 21h, associado com uma adolescente, *"tinham em depósito e guardavam, para fins de comercialização, fornecimento e entrega a consumo de terceiros, drogas, ou seja, 1.054,2 g (um mil cinquenta e quatro gramas e dois decigramas) de cannabis sativa, conhecida como 'maconha', acondicionadas em 153 (cento e cinquenta e três) invólucros de plástico, 170 g (cento e setenta gramas) de cocaína, acondicionados em 200 (duzentos) invólucros, e 142,0 ml (cento e quarenta e dois mililitros) de 'lança-perfume', acondicionados em 15 (quinze recipientes, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar"* (fls. 7).

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço *"apurou-se que **MAICON DIAS DE SOUZA** guardava em sua residência, [...], uma arma de fogo do tipo pistola, calibre 7.65, da marca Taurus, com numeração raspada e de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e 10 (dez) cartuchos íntegros"* (fls. 8).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso.

Inicialmente, no que tange ao regime de cumprimento da pena fixado ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado para o início da reprimenda que lhe foi imposta pela prática do crime de tráfico de drogas, evidencia-se que o juiz sentenciante escolheu o modo inicial mais gravoso "por força de lei" (fls. 12).

O Tribunal impetrado, por sua vez, ratificou a escolha do magistrado singular, nestes termos:

Restam mantidos os regimes iniciais impostos (fechado para o tráfico e aberto para o porte de arma), pois embora o primeiro seja mais rigoroso do que o fixado pela lei, se justifica pela expressiva quantidade de entorpecentes e demais particularidades afeitas à gravidade in concreto do caso. (fls. 19)

De se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, de ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

E, em assim sendo, não há ilegalidade manifesta a ser sanada através da via eleita no estabelecimento do modo fechado na hipótese, pois a gravidade concreta do crime cometido pelo agente, especialmente em razão da diversidade, natureza e quantidade dos entorpecentes capturados em seu poder - **pouco mais de 1 Kg (um quilograma) de maconha, aproximadamente 294 g (duzentos e noventa e quatro gramas) de cocaína e, ainda, 142 ml (cento e quarenta e dois mililitros) de 'lança-perfume'** -, justificam a imposição do regime mais severo.

A propósito:

PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE 1/6. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E REGIME MAIS BRANDO QUE O FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Concretamente fundamentada a diminuição da pena (1/6), na terceira fase da dosimetria, na quantidade de drogas (32 pedras de crack e 29 buchas de maconha), não há ilegalidade manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução.

2. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Na espécie, contudo, a fixação de pena-base acima do mínimo legal e a quantidade da droga são motivos suficientes para manter o regime fechado, ainda que a pena seja inferior a oito anos.

4. Mantida a pena em cinco anos, impossível a substituição pretendida, porque não atende ao requisitos temporal do art. 44 do Código Penal.

5. Ordem denegada.

(HC 192.576/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012)

Assim, estando justificada a escolha do modo mais gravoso para o início da execução, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado de ofício por este Superior Tribunal quanto ao ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0202991-1

HC 255.257 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 144219320108260050 50100144217

EM MESA

JULGADO: 04/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MAICON DIAS 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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.