



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 31.619 - DF (2011/0281767-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : PAULO ROBERTO LOBATO
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. AVENTADA ILEGALIDADE NA NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR MEDIDAS ALTERNATIVAS E NA IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. *MANDAMUS* NÃO CONHECIDO NA ORIGEM. NÃO CABIMENTO DO RECLAMO. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL IMPETRADO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO INCONFORMISMO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Incabível o ajuizamento de recurso ordinário de acórdão que não conheceu do *habeas corpus* originário. Exegese do art. 30 da Lei 8.038/90.

2. Verificando-se que a Corte de origem não apreciou a questão relativa à aventada ilegalidade na negativa de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, bem como quanto à imposição do regime fechado para o início do resgate da reprimenda, inviável a análise dessa pretensão diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Obedecendo as regras de competência vigentes, o Superior Tribunal de Justiça somente passa a ser competente ("ter o poder de exercer a jurisdição") para apreciar pedido de reconhecimento de ilegalidade na dosimetria da pena e na fixação do regime prisional quando no exercício de sua competência funcional - originária ou recursal (art. 105 da Constituição Federal).

5. Embora cuide-se de questão referente à aventada ilegalidade na aplicação da pena, **necessário prévio exame das questões deduzidas na inicial do *habeas corpus* pelas instâncias ordinárias sujeitas à jurisdição deste Superior Tribunal de Justiça**, sob pena de usurpação da competência previamente estabelecida em nosso ordenamento jurídico para o Tribunal de Justiça, bem como de desobediência à sistemática processual vigente, gerando tumulto e violação ao princípio do devido processo legal.

TRÁFICO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO E REGIME PRISIONAL. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL A QUO. ALEGADA EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É assente na jurisprudência deste Tribunal Superior o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento no sentido de que a existência de ação ou recurso criminal próprios não obsta a apreciação de questões relevantes, atinentes à liberdade de ir e vir do condenado, na via do remédio constitucional, dada a sua natureza de ação célere, quando o reconhecimento da ilegalidade prescinda de exame aprofundado de provas.

2. Constatado que o Tribunal recorrido não conheceu do *habeas corpus* originariamente impetrado por ter sido manejado como substitutivo de apelação criminal, interposta a tempo e modo pela defesa, presente o constrangimento ilegal apontado nas razões do regimental, que merece sanado de ofício.

3. Agravo regimental improvido, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, para determinar ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que examine o mérito da ordem originária.

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, negar provimento ao agravo regimental e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de maio de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 31.619 - DF (2011/0281767-3)

AGRAVANTE : PAULO ROBERTO LOBATO
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental ajuizado tempestivamente pela Defensoria Pública da União em favor de PAULO ROBERTO LOBATO contra decisão deste Relator que, monocraticamente, negou seguimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*, aforado contra aresto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, ao julgar o *Writ* nº 0024197-68.2011.4.01.0000, não conheceu do *mandamus*, ao fundamento da inadequação da via eleita para examinar questões referentes à dosimetria da pena, eventual substituição e regime inicial para o seu cumprimento impostos na sentença que condenou o réu ao cumprimento de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Alega a agravante que *"o STJ tem admitido a impetração do remédio constitucional contra provas ilícitas, bem como para o reexame da dosimetria da pena",* ainda que *"não interposto oportunamente recurso previsto em lei",* salientando que a análise da questão *"prescinde de qualquer incursão na seara probatória, tratando-se de questão de direito"*(fls. 206).

Assevera que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus"* (fls. 208).

Requer, assim, a reconsideração da decisão monocrática combatida ou o conhecimento e provimento do agravo regimental, *"para que seja concedido habeas corpus de ofício para determinar que o Tribunal de origem examine o mérito das alegações formuladas em favor dos pacientes no 'writ' originário"* (fls. 209).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 31.619 - DF (2011/0281767-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Como colocado na decisão agravada, da análise dos autos verifica-se que foi interposto recurso ordinário em *habeas corpus*, aforado contra aresto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, ao julgar o *Writ* nº 0024197-68.2011.4.01.0000, ***não conheceu do mandamus***, ao fundamento da inadequação da via eleita para examinar questões referentes à dosimetria da pena, eventual substituição e regime inicial para o seu cumprimento impostos na sentença que condenou o réu ao cumprimento de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

O recorrente alegou constrangimento ilegal sob o argumento de que seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, apesar de tratar-se de crime de tráfico de entorpecentes, porquanto a vedação ao referido benefício, constante na parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, teria sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Acrescentou que a aplicação dos princípios da isonomia, proporcionalidade/razoabilidade e da individualização da pena tornaria evidente o necessário afastamento do óbice à benesse, principalmente nas hipóteses de incidência da minorante prevista no supramencionado dispositivo legal.

Argumentou que o regime inicial aberto seria o mais adequado na espécie, posto que a pena aplicada teria sido inferior a 4 (quatro) anos e que estariam preenchidos todos os requisitos constantes no art. 33, do Código Penal.

Aduziu que inexistente vedação na Lei nº 11.343/2006 quanto à fixação dos modos aberto e semiaberto para o início da execução dos condenados por crime de tráfico, asseverando, ademais, que a hipótese trata do denominado tráfico-privilegiado, não cabendo, portanto, a aplicação das vedações inerentes aos crimes hediondos.

Requeru o provimento do recurso, para que fosse concedida a ordem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixando-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena, bem como a substituição da sanção reclusiva pelas restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso.

O recurso ordinário não foi conhecido, pois:

A uma porque, de acordo com o art. 30 da Lei 8.038/90, o recurso ordinário é cabível das decisões denegatórias de habeas corpus, e não daquelas em que o pedido não foi conhecido.

A duas porquanto, da leitura do aresto combatido, verifica-se que a Corte a quo não conheceu do pleito mandamental na origem por entender que a via eleita não seria a adequada, deixando, assim, de examinar as aventadas ilegalidades ali deduzidas.

Desta forma, verifica-se que as questões colocadas no presente recurso, quais sejam, a arguida ilegalidade na fixação do regime fechado para o cumprimento da pena e a aventada ilegalidade na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram analisadas pelo Tribunal de origem, pelo que inviável a apreciação dessas matérias diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância. (fls. 193/194)

Nesse contexto, inviável a reconsideração da decisão combatida ou o provimento do agravo regimental interposto, pois não é cabível recurso ordinário das decisões denegatórias de *habeas corpus*, e, ademais, as questões colocadas no presente recurso não foram analisadas pelo Tribunal de origem no acórdão recorrido.

Nesse diapasão, o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO IMPUGNANDO DECISÃO DE RELATOR. NÃO-CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DETERMINAR A IMEDIATA INCLUSÃO DO RECORRENTE NO REGIME SEMI-ABERTO.

1. Só é cabível, a priori, recurso ordinário em habeas corpus das decisões denegatórias proferidas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 105, II, a, da CF).

2. A apreciação de matéria não conhecida pela Corte a quo acarreta, inequivocamente, indevida supressão de instância. Precedentes.

3. Recurso ordinário não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a imediata inclusão do recorrente no regime semi-aberto.

(RHC 16909/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 474)

Ora, a competência deste Superior Tribunal de Justiça está expressamente prevista no art. 105 e incisos da Constituição Federal, exigindo, para conhecimento da matéria trazida, em caso de habeas corpus, a existência de ato coator de Tribunal sujeito à sua jurisdição ou de quaisquer das outras autoridades elencadas no inciso I, alíneas b e c, da CF/88, o que não se vislumbra ocorrer na hipótese que se apresenta.

Segundo a doutrina: *"A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição. É a medida da jurisdição."* (Fredie Didier Jr. *in* Curso de Direito Processual Civil, Ed. Podium, v.1. 2008, p. 101/102)

Em relação aos critérios de distribuição da competência temos:

- a) critério objetivo - é a natureza da relação jurídica;*
- b) critério territorial - é o local do processamento da causa;*
- e*
- c) **critério funcional** - é a função que o magistrado exerce em um mesmo processo.*

Vicente Greco Filho assim sistematizou a competência funcional:

- a) **por grau de jurisdição** (originária e recursal);*
- b) por fases do processo (cognição e execução); e*
- c) por objeto do juízo (uniformização, declaração de inconstitucionalidade etc).*

Obedecendo as regras de competência vigentes, o Superior Tribunal de Justiça somente passa a ser competente ("*ter o poder de exercer a jurisdição*") para apreciar pedido de reconhecimento de ilegalidade ocorrida por ocasião da aplicação da reprimenda ou do regime para o seu cumprimento quando no exercício de sua **competência funcional** - originária ou recursal (art. 105 da Constituição Federal).

Vale dizer, embora cuide-se de questão referente à aventada ilegalidade na fixação do regime fechado e na não substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, **necessário prévio exame das questões pelas instâncias ordinárias**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sujeitas à jurisdição deste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de usurpação da competência previamente estabelecida em nosso ordenamento jurídico para o Juízo singular e mesmo o Tribunal de Justiça, bem como de desobediência à sistemática processual vigente, gerando tumulto e violação ao princípio do devido processo legal.

A história nos ensina que a violação de princípios, especialmente os constitucionais, ainda que sob a nobre proposta de se fazer justiça pontual, é sempre uma prática perigosa.

Aliás, como recentemente decidiu esta Quinta Turma acerca da utilização do *habeas corpus*:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

Do corpo do voto, colhe-se a seguinte lição:

[...], deve-se prestigiar a função constitucional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcional do mandamus, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do habeas-corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

O que pondero, sem pretender desmerecer a jurisprudência, é que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Penso que tentar proteger os limites do habeas-corpus é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. (grifamos)

Inviável, pois, o exame da matéria levantada na inicial da impetração **diretamente** por este Superior Tribunal de Justiça, dada a sua incompetência para tanto, já que as questões não foram examinadas **expressamente** pelo Tribunal Estadual apontado como coator, e sob pena de invadir-se a competência das instâncias inferiores, incidindo-se, conseqüentemente, na indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desta Corte Superior.

Nesse contexto, impossível a reconsideração da decisão combatida ou o provimento do agravo regimental ajuizado, pois não havia como se conhecer do recurso ordinário em *habeas corpus*.

De se registrar, por fim, que não foi requerido nas razões do recurso ordinário que se determinasse ao Tribunal impetrado que analisasse as questões deduzidas na inicial do *mandamus*, contudo, tendo em vista o pedido no presente agravo regimental, cabível a concessão de *habeas corpus* de ofício para tanto, pois, *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o exame da dosimetria da pena por meio de **habeas corpus**, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu", concluindo inclusive que "a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu" (HC n. 41.278/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. em 6-2-2007).

Vale dizer, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a existência de ação ou recurso criminal próprios não obstará a apreciação de questões relevantes, atinentes à liberdade de ir e vir do paciente, na via do remédio constitucional, dada a sua natureza de ação célere, mas desde que o reconhecimento da ilegalidade prescindir de exame aprofundado de provas.

Nesse norte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. WRIT NÃO CONHECIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO INDEVIDA DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO DETERMINADA À CORTE ESTADUAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. É incompetente este Superior Tribunal de Justiça para a análise de questões que não foram decididas por Órgão Colegiado do Tribunal a quo, sob pena de supressão indevida de instância.

II. O habeas corpus presta-se à análise de pedido para o qual já foi interposto o recurso próprio, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que o tema versar sobre a liberdade do réu.

III. Deve ser concedido habeas corpus de ofício para determinar que o Tribunal a quo examine o mérito das alegações formuladas em favor do paciente no writ originário.

IV Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício (HC 98.081/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe 04/08/2008)

E, no caso, constatando-se que o Tribunal recorrido não conheceu do *habeas corpus* originariamente impetrado por ter sido manejado como substitutivo de apelação criminal, interposta a tempo e modo pela defesa (fls. 141), presente o constrangimento ilegal apontado nas razões do regimental, que merece sanado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Assim, tratando-se de questão atinente ao direito de locomoção e à liberdade do condenado, albergado constitucionalmente (art. 5º, LXVII, da CF), é de se reconhecer que a pretensão deduzida no *writ* originário merece ser examinada na instância ordinária, visto que não necessita incursão aprofundada no conjunto probatório.

Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, forte no art. 654, § 2º, do CPP, para determinar ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que examine o mérito da ordem originária.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0281767-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no RHC 31.619 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00241976820114010000 201100102260 201105502079 241976820114010000 4102010
544644220104013400 560553920104013400 7572820114013400

EM MESA

JULGADO: 15/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO ROBERTO LOBATO
ADVOGADO : DANILO DE ALMEIDA MARTINS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PAULO ROBERTO LOBATO
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou provimento ao agravo regimental e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.