



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.571 - MS (2012/0091541-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOSÉ AUGUSTO MARCONDES DE MOURA JÚNIOR
IMPETRADO : DESEMBARGADOR RELATOR DO MS 1402781-15.2014.8.12.0000
DOTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
DO SUL
PACIENTE : ADENIR JOÃO DO SANTOS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA PROPORCIONAL E BEM FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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. A presença de réu preso em audiência de inquirção de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa, cujo reconhecimento exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

5. Hipótese em que a fixação da pena-base acima do mínimo legal, além de obedecer aos ditames da proporcionalidade, restou devidamente fundamentada, tendo sido reconhecida que a reprovabilidade da conduta do acusado exorbita a inerência do tipo, sobretudo diante da quantidade de drogas apreendidas (24kg de cocaína) e da condição de chefe da quadrilha.

6. Não há se falar em ofensa à Súmula n.º 241 desta Corte Superior, dado que o Paciente possuía diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como maus antecedentes.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 11 de março de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.571 - MS (2012/0091541-3)

IMPETRANTE : JOSÉ AUGUSTO MARCONDES DE MOURA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADENIR JOÃO DO SANTOS DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de ADENIR JOÃO DO SANTOS DA SILVA em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 06 anos de reclusão, e 80 dias-multa, como incurso no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, e 03 anos e 02 meses de reclusão, e 55 dias-multa, como incurso no art. 14 da Lei n.º 6.368/76, totalizando a reprimenda de 09 anos e 04 meses de reclusão, e 140 dias-multa, em regime inicial fechado.

Examinando revisão criminal ajuizada pela Defesa, o Tribunal de origem deferiu, em parte, o pedido, tão-somente para readequar o regime de cumprimento de pena, mantendo intacta, no mais, a dosimetria realizada.

O aresto foi assim ementado:

"REVISÃO CRIMINAL - PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DO ACUSADO NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. - CRIME PRATICADO ANTES DA LEI N.º 11.464/07 - READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - DEFERIMENTO, PARCIAL.

A ausência do acusado na audiência de instrução só é capaz de gerar a nulidade do processo se demonstrado o efetivo prejuízo à ampla defesa.

Não há falar em nulidade da sentença por ofensa à individualização da pena se aquela foi aplicada de acordo com o caso concreto.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a exasperação da pena-base.

Deve-se conferir efeito retroativo à Lei n.º 11.464/07, pois a mesma constitui regramento mais benéfico aos condenados pela prática de crime hediondo ou assemelhado.

Revisão Criminal que se defere parcialmente para readequação do regime de cumprimento de pena, nos moldes da Lei n.º 11.464/07" (fl. 55.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o Impetrante, em suma, violação ao princípio da ampla defesa, pois o Paciente não foi requisitado para a audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que foram inquiridas todas as testemunhas presenciais arroladas na exordial acusatória. Aponta, ainda, desproporcionalidade no cálculo da pena-base, sobretudo diante da (i) indevida consideração de circunstâncias inerentes ao tipo penal e (ii) do *bis in idem* quando da valoração dos maus antecedentes e da reincidência.

Requer, em razão disso, a anulação do processo, ou, subsidiariamente, a diminuição da pena aplicada.

Informações às fls. 76/85.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 89/92).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.571 - MS (2012/0091541-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA PROPORCIONAL E BEM FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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. A presença de réu preso em audiência de inquirção de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa, cujo reconhecimento exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

5. Hipótese em que a fixação da pena-base acima do mínimo legal, além de obedecer aos ditames da proporcionalidade, restou devidamente fundamentada, tendo sido reconhecida que a reprovabilidade da conduta do acusado exorbita a inerência do tipo, sobretudo diante da quantidade de drogas apreendidas (24kg de cocaína) e da condição de chefe da quadrilha.

6. Não há se falar em ofensa à Súmula n.º 241 desta Corte Superior, dado que o Paciente possuía diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como maus antecedentes.

7. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'habeas-corpus'".

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

Ao afastar a nulidade suscitada pelo Impetrante, a Corte de origem assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentou:

"[...] No mérito, propriamente dito, em relação à nulidade alegada pela defesa, extrai-se da sentença (f. 44/45).

'Entendo, no particular, que não há necessidade da presença do réu preso em prova colhida por precatória, ainda mais quando a defesa não demonstra o efetivo prejuízo para o mesmo. (...)

A mais, o Código de Processo Penal não determina seja requisitado o réu para presenciar inquirição de testemunha feita por precatória em outra jurisdição e, ainda, conforme se observa no autuado, os Advogados da Defesa estavam presentes na referida audiência, não restando qualquer prejuízo aos acusados'.

É importante ressaltar que no processo penal vige o princípio do necessário prejuízo, onde é imprescindível a demonstração daquele para a declaração de nulidade do feito, o que não ocorreu. [...]" (fl. 79.)

Não merece reparo esse entendimento.

Como é sabido, a presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa, cujo reconhecimento exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. No caso, como bem salientado pelas instâncias ordinárias, os advogados do acusado estiveram presentes à audiência, a evidenciar que não se trata de caso de anulação do ato processual questionado.

Com relação à dosimetria da pena, confira-se as razões de decidir do acórdão combatido – que incorporou a fundamentação constante do *decisum* que julgou os recursos de apelação dos Corréus:

"Sobre o quantum da reprimenda base, é imperioso ressaltar que embora o requerente não tenha recorrido da sentença, os corréus ELDEMIR GUIMARÃES DOS SANTOS, ADMIRSON ANTUNES JARA e ADILSON SANTOS DA SILVA interpuseram recurso de APELAÇÃO, insurgindo-se também com relação à pena imposta, ao qual foi negado provimento por unanimidade. Extraíndo-se do acórdão, (f.954/959):

'[...].

No que tange à pena aplicada pelo crime previsto no art. 12 do referido lei, deve ser mantido o quantum fixado na sentença recorrida, pois, como bem fundamentado na sentença, pesam em desfavor dos apelantes o intenso grau de culpabilidade com um dolo acentuado para a prática delituosa, além, como já dito acima, do alta especialização deles no tráfico de entorpecentes e sem contar a considerável quantidade de droga apreendida (24.070 gramas de cocaína)'. [...].

Dessa forma, como bem ressaltado no julgado, não há falar em redução da reprimenda, principalmente pelas circunstâncias do caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto, visto que se trata de uma quadrilha organizada e bem estruturada, com o único intuito de lucrar com o tráfico de drogas.

Destaca-se ainda a injustiça na fixação da pena-base no mínimo legal ao acusado, favorecendo-o indevidamente, posto que possui personalidade voltada para o crime, sendo o chefe da quadrilha, equiparando sua reprimenda a de um acusado surpreendido com algumas dezenas de gramas de substância ilícita.

Da mesma forma, não resta configurado o bis in idem, pois infere-se da sentença (f. 65) que o requerente possuía várias condenações com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como circunstância negativa do art. 59 do Código Penal" (fls. 80/81.)

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Ora, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na espécie, conforme se observa das transcrições realizadas, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, além de obedecer aos ditames da proporcionalidade, restou devidamente fundamentada, tendo sido reconhecida que a reprovabilidade da conduta do acusado exorbita a inerência do tipo, sobretudo diante da quantidade de drogas apreendidas (24kg de cocaína) e da condição de chefe da quadrilha. Por outro lado, demonstrou-se não haver, no caso, ofensa à Súmula n.º 241 desta Corte Superior, dado que o Paciente possuía diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como maus antecedentes.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0091541-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.571 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120062605 2100

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOSÉ AUGUSTO MARCONDES DE MOURA JÚNIOR
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: ADENIR JOÃO DO SANTOS DA SILVA
CORRÉU	: ELDEMIR GUIMARÃES DOS SANTOS
CORRÉU	: ADILSON SANTOS DA SILVA
CORRÉU	: ADMIRSON ANTUNES JARA

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.