



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.076 - RJ (2010/0156257-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JONAS BERNARDO DOS SANTOS
PACIENTE : JOCIMAR FIDÉLIS ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. **2.** ALTERAÇÃO POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE **WRIT**. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL **3.** TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **4.** ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS SOBRE A ASSOCIAÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **5.** REDUÇÃO DA PENA-BASE. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **6.** MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PEDIDOS PREJUDICADOS. **7.** ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, firmou-se, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. Não há como conhecer, na estreita via do **habeas corpus**, do pedido de absolvição por ausência de provas do vínculo associativo, uma vez que, para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário um completo e aprofundado reexame dos fatos e provas integrantes dos autos, procedimento que, sabidamente, é incompatível com os estreitos limites do **mandamus**, remédio heroico caracterizado pelo rito célere e por não comportar dilação probatória.

4. As penas-base foram fixadas um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a natureza e a quantidade de droga apreendida - 16 porções de cocaína - fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado, inexistindo, no ponto, flagrante constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Constando expressamente da sentença condenatória e do acórdão da apelação que os pacientes se dedicavam à atividade criminosa, correta a decisão que não acolheu o pedido de aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Mantidas as penas aplicadas, ficam prejudicados os pedidos de modificação de regime inicial e de substituição das penas privativas de liberdade, ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

7. **Habeas corpus** não conhecido e não verificada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de **habeas corpus** de ofício.

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 Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 20 de setembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.076 - RJ (2010/0156257-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Jonas Bernardo dos Santos e Jocimar Fidélis Alves, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados em primeiro grau à pena de 11 (onze) anos de reclusão, em regime fechado, mais 1500 (mil e quinhentos) dias-multa como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 (Jonas), e 11 (onze) anos de reclusão, em regime fechado, e 1 (um) ano de detenção, em regime semiaberto, mais 1512 (mil e quinhentos e doze) dias-multa como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 e art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (Jocimar).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal **a quo**, negou provimento ao recurso em acórdão que ficou assim resumido (fls. 78/79):

EMENTA: APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06 E ARTIGO 12 DA LEI 10.826/03 - PRISÃO EM FLAGRANTE - CONDENAÇÃO - ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR INÉPCIA DA DENÚNCIA REJEITADA AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS APTOS A ENSEJAR SENTENÇA CONDENATÓRIA - SÚMULA 70 DO TJRJ - INAPLICÁVEL O § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS - INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 44-CP - MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO, NOS TERMOS DA LEI - Os Apelantes Jonas Bernardo dos Santos e Jocimar Fidelis Alves foram condenados como incursos nas penas dos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06 a 6 anos e 600 dias-multa e 05 anos de reclusão e 900 dias-multa, em regime inicialmente fechado; o segundo apelante foi também condenado como incurso no artigo 12 da Lei 10.826/03 a 01 ano de detenção e 12 dias-multa. Insatisfeita, a defesa recorreu da sentença, pleiteando, preliminarmente, a nulidade do processo, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inépcia da denúncia. No mérito, pugna pela absolvição dos apelantes, por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a redução da pena-base aplicada, a aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime mais brando. Quanto à preliminar argüida pela defesa, não há qualquer omissão que possa prejudicar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo descrita na denúncia a conduta típica (associação) baseando-se em elementos fáticos que indicam o vínculo entre os sujeitos com o fim de tráfico. Por todo o exposto, é certa a autoria e a materialidade, não havendo se falar em absolvição. Policiais Militares, após receberem informações sobre a prática de tráfico de droga e associação para o tráfico por parte dos apelantes, os quais, segundo os informes, possuíam alcunhas de "Cimar" e "Da Lama", dirigiram-se para o local e lograram êxito em prender os mesmos, sendo apreendidas as drogas e a arma mencionadas na exordial acusatória. Depoimentos dos policiais aptos a ensejar sentença condenatória - súmula 70 do TJRJ. A finalidade do tráfico das drogas ficou demonstrada através das circunstâncias que envolveram as prisões e a apreensão das drogas, além da forma de acondicionamento das mesmas e a grande quantidade, além da confissão extrajudicial dos mesmos. A prova colhida revela o animus associativo entre apelantes Jonas e Jocimar, isto é, um ajuste prévio na união de esforços para o cometimento do delito de associação para o tráfico. Pune-se, na espécie, aquele que, reiteradamente ou não, se associa para o fim de cometer o crime em referência, situação que bem se amolda à hipótese presente. A pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, pois o magistrado fundamentou sua decisão nos termos do art. 42, diante da natureza da droga. Incabível a benesse prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, já que demonstrado que os apelantes dedicavam-se às atividades criminosas, não cabendo igualmente a substituição prevista no art. 44-CP, já que ausentes os requisitos objetivos e subjetivos. Correta a fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei 8072/90. Quanto ao pré-questionamento, não se vislumbra ofensa a dispositivos de leis. PRELIMINAR REJEITADA - DESPROVIMENTO DOS APELOS DEFENSIVOS.

No presente **habeas corpus**, pretende a Defensoria Pública: "(I) absolver os pacientes do crime de associação ao tráfico; (II) aplicar o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06; (III) reduzir as penas-base; (IV) adequar, determinando o regime prisional mais benéfico e (V) substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos" (fl. 33).

Não houve pedido de liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 84/106), o Ministério Público Federal opinou pela não cabimento do **habeas corpus**, nos termos do parecer de fls. 110/111.

Os autos foram a mim atribuídos em 6/9/2011.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.076 - RJ (2010/0156257-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituíra para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.

O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo. (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011.)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conhecera do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente". (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012.)

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "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**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Consigno que, no tocante a **habeas** já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).*

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

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 heróico. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial ante a possibilidade da existir constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Nesse contexto, constata-se que, mesmo sem levar em consideração o novo tratamento jurídico dado ao remédio constitucional, não há como conhecer, na estreita via do **habeas corpus**, do pedido de absolvição por ausência de provas do vínculo associativo, uma vez que, para se desconstituir o que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário um completo e aprofundado reexame dos fatos e provas integrantes dos autos, procedimento que, sabidamente, é incompatível com os estreitos limites do **mandamus**, remédio heroico caracterizado pelo rito célere e por não comportar dilação probatória.

Nesse sentido são os precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior:

A - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

3. Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.

4. Ordem denegada. (HC nº 158.918/RJ, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/2/2012)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS.

1. Impossível apreciar em sede de habeas corpus o pleito absolutório formulado pelo impetrante, por demandar, necessariamente, o exame aprofundado dos elementos de convicção colhidos ao longo da instrução criminal, procedimento incompatível com a estreita via do writ.

2. Não se reconhece o alegado constrangimento ilegal se a pena-base foi fixada acima do mínimo legal devido à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente o fato de o paciente ser possuidor de maus antecedentes e personalidade voltada para a prática de crimes, sendo certo que não foi trazido pelo impetrante qualquer documento capaz de afastar tal valoração contrária ao paciente das circunstâncias judiciais.

3. Conquanto o Tribunal de origem não tenha analisado a possibilidade de aplicação retroativa da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, mesmo esta já estando em vigor, o certo é que foi reconhecido pelo acórdão atacado que o paciente é possuidor de maus antecedentes, circunstância essa, inclusive, demonstrada quando da própria fixação da pena-base, não preenchendo, pois, um dos requisitos previstos no aludido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo.

4. **Habeas corpus** parcialmente conhecido e denegado. (HC nº 167.282/RS, Relator o Ministro **HAROLDO RODRIGUES** (Desembargador convocado do TJCE), DJe de 17/12/2010)

No mesmo sentido é a uníssona jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal:

A - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/2006). INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE NO RITO ESTREITO DO WRIT.

1. **O habeas corpus não é, considerado o seu rito estreito, a via processual adequada ao reexame de fatos e provas para chegar-se à absolvição. Precedentes: HC 105.022/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; RHC 84.901, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009.**

2. **In casu**, a convicção do Juiz a respeito da autoria e materialidade dos crimes imputados ao paciente encontra respaldo no auto de apreensão da droga, no auto de constatação provisória de substâncias entorpecentes, na prova oral e nas interceptações telefônicas que o revelaram líder da associação criminosa, exercendo essa função de dentro do estabelecimento prisional, através de telefone celular.

3. **Deveras**, a denúncia acolhida na sentença demonstrou que as escutas telefônicas judicialmente autorizadas apontaram o paciente como o chefe da organização criminosa, sendo certo que mesmo recluso exercia rígido comando na **societas sceleris** por intermédio de sua esposa e dos demais envolvidos, ficando estabelecido o liame entre ele e os fatos imputados.

4. **Ordem denegada** (HC nº 108.790, Relator o Ministro **LUIZ FUX**, DJe-100 de 22/5/2012)

No que diz respeito ao pedido alternativo de redução das penas impostas, o Juiz de primeiro grau ao realizar a dosimetria das reprimendas consignou (fls. 52/53):

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a pretensão punitiva estatal e, em consequência, CONDENO os réus JONAS BERNARDO DOS SANTOS e JOCIMAR FIDELIS ALVES, por prática dos crimes consubstanciados nos artigos 33 e 35 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06 e art. 12 da Lei nº 10.826/03 (denunciado Jocimar) e art. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 (denunciado Jonas) e, em consequência passo a aplicar-lhes as penas. Conforme se vislumbra dos autos, os acusados são primários e ostenta bons antecedentes, conforme FAC's de f. 82/88. Quanto à culpabilidade dos réus, entendo de classificá-la como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família. Suas personalidades e condutas sociais são especialmente desfavoráveis, posto que tratam-se de traficantes de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade. Os motivos e circunstâncias do crime também não lhes favorecem, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas. Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e a grande quantidade de entorpecentes apreendida (art. 42 da Lei de incidência), aplico as penas da seguinte forma: Para o réu Jocimar, em relação ao delito do art. 33 da lei especial, fixo a pena base em 06 anos de reclusão, cumulada com 600 dias-multa. Torno tal pena definitiva diante da ausência de causas de alteração de penas previstas em lei. Esclareço que, tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, deixo de diminuir a pena, inclusive por questão de lógica jurídica, visto que o réu dedica-se a atividades criminosas, motivo pelo qual foi condenado também pelo crime de associação para o tráfico. Para o crime tipificado no art. 35 do mesmo diploma legal, fixo a pena em 05 anos de reclusão, cumulada com 900 dias-multa. Torno tal pena definitiva diante da ausência de causas de alteração de penas previstas em lei. Para o delito tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/03 aplico ao réu a pena de 01 ano de detenção cumulada com 12 dias multa, tendo em vista as circunstâncias judiciais acima citadas e cabíveis a este delito, deixo de reduzir a pena pela atenuante da confissão adotando orientação da Sumula nº 231 do STJ. Torno tal pena definitiva diante da ausência de causas de alteração de penas previstas em lei. Para o réu Jonas, em relação ao delito do art. 33 da lei especial, fixo a pena base em 06 anos de reclusão, cumulada com 600 dias-multa. Torno tal pena definitiva diante da ausência de causas de alteração de penas previstas em lei. Esclareço que, tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, deixo de diminuir a pena, inclusive por questão de lógica jurídica, visto que o réu dedica-se a atividades criminosas, motivo pelo qual foi condenado também pelo crime de associação para o tráfico. Para o crime tipificado no art. 35 do mesmo diploma legal, fixo a pena em 05 anos de reclusão, cumulada com 900 dias-multa. Torno tal pena definitiva diante da ausência de causas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de alteração de penas previstas em lei. Diante da regra do art. 69 do CP, ficam os réus JOCIMAR FIDELIS ALVES definitivamente condenado a pena de 11 anos de reclusão, cumulada com 01 ano de detenção, além da pena de 1512 dias multa e JONAS BERNARDO DOS SANTOS definitivamente condenado a pena de 11 anos de reclusão cumulada com 1500 dias multa. As penas reclusivas serão cumpridas em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07. A pena de detenção aplicada ao réu Jocimar será inicialmente cumprida em regime semi aberto.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso da defesa, no que interessa, disse (fl. 62):

Quanto à fixação das penas não há o que adir ou suprimir. A natureza da droga apreendida - cocaína, cuja nocividade é elevada, revela maior reprovabilidade da conduta do apelante, a quantidade da substância entorpecente encontrada com eles é considerável, bem como as circunstâncias das prisões, de sorte que se mostra razoável o aumento das penas-base em razão desses fatores, o que está de acordo com o artigo 42 da Lei 11343/06.

Como visto, as penas-base foram fixadas um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a natureza e a quantidade de droga apreendida - 16 porções de cocaína - fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado, inexistindo, no ponto, flagrante constrangimento ilegal que autorize a modificação do que ficou decidido.

Quanto ao pedido alternativo de reconhecimento e aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, melhor sorte não socorre ao impetrante.

O aludido dispositivo assim prescreve:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

*§ 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.* (suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012)

Na sentença condenatória, ao negar para ambos os réus a possibilidade de aplicação do redutor da pena, disse o Juiz de primeiro grau (fls. 52):

Esclareço que, tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, deixo de diminuir a pena, inclusive por questão de lógica jurídica, visto que o réu dedica-se a atividades criminosas, motivo pelo qual foi condenado também pelo crime de associação para o tráfico.

A Corte Estadual, por sua vez, consignou (fl. 62):

Para a concessão da benesse prevista no §4º do art. 33 da Lei 11343, há de preencher todos os requisitos por ele exigidos, quais sejam, que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Embora primário e sem antecedentes criminais, entendo inaplicável a redução pleiteada pelos apelantes, tendo em vista que os mesmos foram condenados por associação para o tráfico, sendo, assim, incompatível, revelando que eles se dedicavam às atividades criminosas.

*Levo em conta também, assim como o Magistrado **a quo**, a natureza da droga apreendida - cocaína, cuja nocividade é elevada, o que revela maior reprovabilidade da conduta dos apelantes, e a quantidade da substância entorpecente encontrada com eles, de acordo com o artigo 42 da Lei 11343/06.*

Dessa forma, constando expressamente da sentença condenatória e do acórdão da apelação que os pacientes se dedicavam à atividade criminosa, não vejo como acolher o pedido de aplicação da causa especial de diminuição, ausentes os requisitos legais para a concessão do benefício.

Por fim, mantidas as penas aplicadas, ficam prejudicados os pedidos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificação de regime inicial de de substituição das penas privativas de liberdade, não preenchidos os requisitos do art. 44, I do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço da impetração, bem como não verifico a existência de qualquer constrangimento ilegal que autorize a concessão de **habeas corpus** de ofício.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0156257-0

HC 183.076 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 146006662010 20100140055608 58521220108190014

EM MESA

JULGADO: 20/09/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JONAS BERNARDO DOS SANTOS
PACIENTE : JOCIMAR FIDÉLIS ALVES

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.