



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.207 - RJ (2012/0167894-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ISABELA APARECIDA DA SILVA COSTA
PACIENTE : CLAUDINEI FIGUEIREDO

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

4. 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.

5. 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.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/07. FIXAÇÃO DE DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTA 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 agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. A gravidade concreta dos delitos cometidos, evidenciada pela organização, haja vista que os pacientes foram condenados por dois tipos de crimes - tráfico e associação para o narcotráfico - somada à quantidade e natureza altamente lesiva dos entorpecentes capturados em poder do agente - cocaína e crack - , 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 convocado do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.207 - RJ (2012/0167894-8)

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ISABELA APARECIDA DA SILVA COSTA
PACIENTE : CLAUDINEI FIGUEIREDO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de ISABELA APARECIDA DA SILVA COSTA e de CLAUDINEI FIGUEIREDO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento à Apelação Criminal nº 0002825-96.2011.8.19.0010, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou os pacientes à sanção de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 160 (cento e sessenta) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/23006, e à pena de 3 (três) anos de reclusão, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pelo delito previsto no art. 35, da mesma lei, na forma do art. 69, do Código Penal, restando a pena de ambos definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 860 (oitocentos e sessenta) dias-multa.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não haveria justificativa para imposição do regime fechado para cumprimento de reprimenda na espécie, uma vez que foi reconhecido o tráfico privilegiado e o crime de associação para o narcotráfico não seria hediondo, nem equiparado a hediondo, salientando que os delitos em questão não seriam incompatíveis com o regime prisional mais brando.

Requer a concessão da ordem, para que seja fixado regime inicial menos gravoso para o cumprimento da reprimenda irrogada aos pacientes.

Informações prestadas, noticiando a ausência de interposição de qualquer recurso contra o acórdão de apelação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, para fixar o regime semiaberto para cumprimento de pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.207 - RJ (2012/0167894-8)

VOTO

O 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas 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 ISABELA APARECIDA DA SILVA COSTA e CLAUDINEI FIGUEIREDO foram condenados, em primeira instância, à sanção de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 160 (cento e sessenta) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, e à pena de 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pelo delito previsto no art. 35, da mesma lei, na forma do art. 69, do Código Penal, restando a pena de ambos definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 860 (oitocentos e sessenta) dias-multa, porque, no dia 11-8-2011, conforme consta da exordial acusatória:

[...] os denunciados, agindo de forma livre e consciente, em perfeita comunhão de ações e desígnios criminosos entre si e com a adolescente [...], mantinham em depósito, para fins de tráfico, 212,2g (duzentos e doze gramas e dois decigramas) da substância entorpecente denominada Cloridrato de cocaína, sendo 65g (sessenta e cinco gramas) sob a forma de 29 pedras de "crack" e o restante sob a forma de substância pulverulenta e esbranquiçada, estando 145,2g (cento e quarenta e cinco gramas e dois decigramas) da droga condicionados em 18 (dezoito) "sacolés" e 1g (um grama) contido em um prato de vidro temperado, tipo duralex, tudo conforme os autos de apreensão de fls. 20/22 e laudo pericial de fl. 28.

[...]

Ante o exposto, tem-se que na data dos fatos e pelo menos nos dois meses anteriores, os denunciados, agindo de forma livre e consciente, em perfeita comunhão de ações e desígnios criminosos entre si, se associaram, ainda que eventualmente, para o fim de praticar o crime de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes acima narrado, previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

A destinação do entorpecente apreendido para o tráfico decorre não apenas de sua imensa quantidade, absolutamente incompatível com o mero consumo pessoal, mas também das circunstâncias da prisão, ocorrida em diligência motivada justamente por denúncias de tráfico, bem como pelo farto material apreendido juntamente com a droga, como prato com vestígios de droga, "sacólés" vazios, balança de precisão, dinheiro e outros, o que indica claramente a prática de tráfico. (fls. 7 e 8)

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, mantida, na íntegra, a sentença condenatória.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado, constata-se que foi estabelecido e mantido com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei 8.72/90 (fls. 76) e também em razão das *"circunstâncias do caso concreto, especialmente a expressiva quantidade de droga arrecadada"* (fls. 120).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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 se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve o modo fechado para o início do cumprimento de pena, pois, embora a reprimenda dos pacientes tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do modo mais gravoso, considerando que foram condenados pela prática de dois tipos de delito - tráfico e associação para o narcotráfico - fator que, somado à quantidade e natureza altamente danosa da substância entorpecente apreendida - 212 gramas de cocaína, sendo 65 gramas na forma de crack *"e o restante sob a forma de substância pulverulenta e esbranquiçada"* (fls. 177), ou seja, de cocaína em pó, e demais circunstâncias que envolveram a prisão em flagrante, autoriza a escolha, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, observado o disposto no art. 42 da nova Lei de Drogas.

Assim, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela organização e especialmente em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes capturados em poder do agente, justifica a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE, E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. 2. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. ORDEM DENEGADA.

1. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 anos - diga-se, 1 ano e 8 meses de reclusão -, considerando a quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente (16,4 g de maconha, 74,7 g de cocaína e 25 porções de crack), o regime mais adequado à espécie é o fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.*

3. *Habeas corpus denegado.*

(HC 242.768/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

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: 2012/0167894-8

HC 251.207 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 28259620118190010

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO	: ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: ISABELA APARECIDA DA SILVA COSTA
PACIENTE	: CLAUDINEI FIGUEIREDO
CORRÉU	: CARLOS PIRES SOARES

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

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.