



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.670 - MS (2011/0237545-3)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOC CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : FLÁVIO JOSE RODRIGUES DA COSTA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 NÃO APLICADA. REPRIMENDA ACIMA DE 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA NÃO REALIZADA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE nº 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC nº 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto ao regime prisional fixado, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

V. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente em razão de sua condição de reincidente, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei nº 11.464/2007.

VI. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.670 - MS (2011/0237545-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de FLÁVIO JOSE RODRIGUES DA COSTA, mantendo a sentença condenatória, por seus próprios fundamentos.

O paciente foi condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte Estadual negado provimento ao apelo, nos termos da seguinte ementa:

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – QUANTUM PROPORCIONAL AO CASO CONCRETO – 13.990KG DE MACONHA – REINCIDÊNCIA – COMPROVAÇÃO POR FOLHA DE ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CRIME ANTERIOR – CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – ART. 67 DO CP – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.346/2006 – REGIME INICIAL FECHADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INCABÍVEL – RECURSO IMPROVIDO.

I - O julgador tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos parâmetros legais e não se presta a apelação criminal a modificar os fundamentos da decisão, se a pena continua a mesma.

II - Mantém-se a agravante da reincidência quando presente nos autos folha de antecedentes criminais, documento público, que contém informações suficientes quanto ao trânsito em julgado de sentença condenatória, cabendo à defesa comprovar a inveracidade das informações.

III - A atenuante da confissão e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67, do Código Penal, pois a primeira diz respeito à personalidade (capacidade do agente assumir seus erros e suas conseqüências) e a segunda é prevista expressamente.

IV - A causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, resta inaplicada quando o agente é reincidente.

V - Mantém-se o regime prisional inicial fechado, por se tratar de crime equiparado aos hediondos, conforme art. 2º, “caput” e §1º, da Lei 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/2007.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Descabida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois não preenchido o requisito temporal previsto no artigo 44, do Código Penal.” (fl. 182).

Na presente impetração, sustenta-se a possibilidade de fixação de regime prisional diverso do mais gravoso aos condenados pela prática de delitos hediondos ou equiparados, especialmente de modo a garantir ao réu, de *“forma mais segura, rápida e com exemplos de responsabilidade, a sua reinserção social”* (fl. 06).

Pugna-se, assim, pela fixação do regime prisional semiaberto ao paciente, para o desconto da reprimenda a ele imposta.

A liminar foi indeferida às fls. 196/197.

As informações foram prestadas à fl. 204.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 239/241).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.670 - MS (2011/0237545-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de FLÁVIO JOSE RODRIGUES DA COSTA, mantendo a sentença condenatória, por seus próprios fundamentos.

O paciente foi condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte Estadual negado provimento ao apelo.

Na presente impetração, sustenta-se a possibilidade de fixação de regime prisional diverso do mais gravoso aos condenados pela prática de delitos hediondos ou equiparados, especialmente de modo a garantir ao réu, de “*forma mais segura, rápida e com exemplos de responsabilidade, a sua reinserção social*” (fl. 06).

Pugna-se, assim, pela fixação do regime prisional semiaberto ao paciente, para o desconto da reprimenda a ele imposta.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta realizada na página eletrônica oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, verificou-se que o julgamento colegiado ocorreu no dia 05/09/2011, tendo a condenação criminal transitado em julgado em 19/10/2011 e os autos remetidos à origem em 27/10/2011, o que denota não ter o impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-se da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado 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.

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.

O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ”

(HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011).

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

E, no caso concreto, não se verifica a ocorrência de qualquer situação de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

O magistrado singular, ao fixar ao réu o regime prisional mais gravoso, asseverou:

“(…)

Também deixo de aplicar a causa de diminuição de pena constante no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pois, como já sustentado, o acusado é reincidente, não preenchendo os requisitos previstos no referido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo.

Na terceira fase da fixação da pena, não havendo elementos a serem considerados, torno as penas definitivas em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, à míngua de outros elementos que influenciem na sua fixação.

Tendo em vista a situação econômica do denunciado, fixo valor do dia-multa no mínimo legal, ou seja, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, que deverá ser devidamente corrigido, na forma do § 2.º do art. 49 do Código Penal.

II.III - SUBSTITUIÇÃO DE PENA E REGIME PRISIONAL

Nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/2007, o regime inicial de cumprimento pena será o fechado, sendo que a progressão de regime obedecerá o disposto no § 2º do mesmo dispositivo legal.

Por decorrência de tal regime legal, resta incompatível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo porque as penas substitutivas devem ser aplicadas unicamente naqueles crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo..” (fls. 110/111 – g. n.).

A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

No caso em comento, contudo, a causa de diminuição de pena constante no §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente em razão de sua condição de reincidente, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda.

Destarte, não sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

A respeito, trago à colação o seguinte precedente:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

2. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 13 (treze) tabletes de "maconha", pesando cerca de 17 (dezessete) quilos -, razão pela qual deve a Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

3. Ordem denegada.”

(HC 203.739/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).

Inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade a ensejar eventual concessão da ordem de ofício, resta caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.

Feitas estas considerações, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0237545-3

HC 220.670 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20110234289

EM MESA

JULGADO: 16/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : FLÁVIO JOSE RODRIGUES DA COSTA (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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