O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pelo Gabinete: Na decisão que implicou o indeferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida: TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE – SUBSTITUIÇÃO PELA DE DIREITOS – ARTIGO 44 DA Nº LEI 11.343/2006 – HABEAS CORPUS – JULGAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SUBSTITUIÇÃO DE FUNDAMENTO – IMPROPRIEDADE – EXECUÇÃO DO TÍTULO JUDICIAL – AFASTAMENTO – LIMINAR DEFERIDA. 1. A Assessoria prestou as seguintes informações: O paciente foi denunciado em virtude de, no dia 24 de abril de 2009, ter praticado o delito previsto no artigo 33, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas), Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 109.678 na forma do artigo 29 do Código Penal (concurso de pessoas). Recebida a denúncia e concluída a instrução processual, sobreveio a prolação de sentença condenando-o a um ano, onze meses e dez dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 170 dias-multa. A defesa e a acusação interpuseram apelação. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao apelo da defesa e proveu parcialmente o recurso protocolado pelo Ministério Público Federal. Manteve a condenação do paciente por infração aos tipos penais acima mencionados. A sanção foi redimensionada para cinco anos, sete meses e quinze dias de reclusão. Tendo em conta a menoridade e a confissão espontânea, atenuou a pena, fixando-a em cinco anos. Incidiu a causa de aumento de 1/6 em razão da internacionalidade do delito e a diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em face da quantidade de droga apreendida – 126 quilogramas de maconha –, tornando definitiva a pena em dois anos e onze meses de reclusão, mantido o regime inicialmente fechado. Consignou a impossibilidade de substituição da pena, à vista do disposto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. A defesa impetrou habeas no Superior Tribunal de Justiça – de nº 166.078/PR –, objetivando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O Ministro Og Fernandes, relator, indeferiu o pedido de liminar. Em seguida, a Sexta Turma do Superior Tribunal não concedeu a ordem, assentando: a) embora a jurisprudência venha se posicionando no sentido de a fixação do regime prisional ser avaliado em face das circunstâncias concretas do caso e reconhecendo a Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 109.678 possibilidade de deferir-se a substituição da pena em favor dos condenados por delito de tráfico de drogas, os precedentes revelam a necessidade de considerar a sanção imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes ou atenuantes, elementos com base nos quais poderá determinar-se a incidência, ou não, do mencionado benefício; b) na hipótese, o paciente foi preso em flagrante dentro de uma embarcação no Rio Paraná, onde transportava 126 Kg de maconha, trazidos do Paraguai para o Brasil; c) conquanto primário e a pena aplicada não ultrapasse quatro anos, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida demonstra não serem recomendáveis a fixação de regime aberto ou a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. A inicial deste habeas volta-se contra esse acórdão. Sustenta-se ter ocorrido inovação por parte do órgão apontado como coator, uma vez que o Tribunal Regional Federal negou a possibilidade de substituir a pena privativa da liberdade por restritivas de direitos tão só em razão do disposto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 e não em virtude da quantidade de droga apreendida. Daí o entendimento de haver-se agravado a situação do paciente por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 166.078/PR pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Acentua-se que a fixação do regime prisional inicial fechado foi estabelecido nas instâncias ordinárias à vista do que se contém no artigo 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), declarado inconstitucional pelo Supremo, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, por conflitar com o princípio da individualização da pena. Ressalta-se haver sido o dispositivo modificado pela Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 109.678 Lei nº 11.464/2007, mediante a qual foi prevista a possibilidade de os condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo cumprirem a sanção no regime inicial fechado e não integralmente fechado. No entanto, a modificação introduzida pela Lei nº 11.464/2007 também padeceria de inconstitucionalidade, ao impor o regime inicial fechado a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, afrontando o princípio da proporcionalidade. De igual modo, haveria de se compreender o disposto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, dado que, considerando-se o parâmetro de pena inferior a quatro anos e a primariedade do paciente, o regime de cumprimento deveria ser, no mínimo, o intermediário. Pede-se a concessão de liminar para assegurar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou determinar que o Juízo da Execução assim proceda, e fixar o regime inicial aberto, ou mesmo o semiaberto, determinando-se ao Juízo das Execuções que examine o regime cabível, sem prejuízo de eventuais progressões. No mérito, pleiteia-se a confirmação do provimento cautelar. Requer-se a intimação do Defensor Público Federal de Categoria Especial com atuação junto ao Supremo de todos os atos do processo, incluída a sessão de julgamento, observando-se as prerrogativas conferidas aos Defensores Públicos Federais. […] A Procuradoria Geral da República, no parecer, afirma que, na sentença, apesar de haver-se fundamentado a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na vedação expressa presente na Lei nº 11.343/06, ter-se-ia também consignado com clareza a Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 109.678 existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inclusive descrevendo a grande quantidade de drogas internalizadas pelo paciente. Sustenta a prevalência das circunstâncias do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 sobre as do artigo 59 do Código Penal e aduz ser a substituição pleiteada insuficiente para atender os fins preventivos e repressivos da pena. Opina pelo indeferimento da ordem. Lancei visto no processo em 8 de outubro de 2012, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 16 seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante. É o relatório.  
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Inicialmente, aponto a existência de pronunciamento de Colegiado indeferindo a ordem. Consigno a óptica sobre a inadequação do habeas corpus quando o caso sugere recurso ordinário constitucional. A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão – o habeas corpus. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador. Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado habeas substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 habeas e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 habeas e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial. O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 109.678 tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do 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. 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. Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importando a justificativa plausível destas – no caso, constitucional –, salvando-se, e esta é a expressão própria, o habeas corpus em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira – na espécie, o inexistente, normativamente, habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam. É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado habeas corpus substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do habeas corpus e emperrou a máquina Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO HC 109.678 judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso, no entanto, está a ensejar a concessão da ordem de ofício. Ao deferir a medida acauteladora e suspender a execução do título condenatório, consignei: 2. O habeas corpus não é ação de mão dupla. Não se pode, no julgamento, suplementar o ato atacado. Isso acabou por ocorrer no que o Regional tinha apontado como óbice à substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 e o Superior Tribunal de Justiça veio a acrescentar outros dados a essa fundamentação, conforme consta das informações transcritas. Tem-se que se acabou por aditar ao acórdão relativo à apelação fundamento dele não constante. Quanto ao óbice, o Supremo, no julgamento do Habeas Corpus nº 104.339/SP, assentou a inconstitucionalidade da norma do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, que vedava a substituição da pena privativa da liberdade pela restritiva de direitos. Implemento a ordem de ofício para que, afastado o óbice legal, o Juízo examine o pleito de substituição. Esclareço que, relativamente ao regime de cumprimento da pena, esta foi fixada, ante circunstância judicial, acima do mínimo legal, atraindo o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal. Infraestrutura de deChaves ChavesPúblicas PúblicasBrasileira Brasileira--ICP-Brasil. ICP-Brasil.OO