



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.195 - RS (2012/0000278-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LINEU ISMAÉL SOUZA DE QUADROS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVANDRO MACHADO ALVES (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENACÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. TRÂNSITO EM JULGADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO PROMOTOR EM AUDIÊNCIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. TESE NÃO ARGUIDA PELA DEFESA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL OU NAS RAZÕES DO APELO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA. 3. INQUIRIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI Nº 11.690/2008). NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 4. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. 5. PRESENÇA DO ACUSADO NA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. NÃO CONDUÇÃO. CAUSÍDICO CONSTITUÍDO PRESENTE. PECHA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. 6. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 7. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 8. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DIVERSO. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 9. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Sob a alegação de ausência do promotor para uma audiência de oitiva testemunhal, o pleito de reconhecimento de nulidade não foi examinado pelo Tribunal de origem, visto que sequer regularmente suscitado pela defesa, quer na instrução criminal quer nas razões do apelo defensivo, não podendo, assim, ser apreciada a matéria por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Conforme entendimento desta Corte, em relação ao qual guardo ressalvas, a não observância da ordem de perguntas na colheita de prova testemunhal, conforme disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 11.690/2008, não enseja, por si só, nulidade, se não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrada a ocorrência de prejuízo.

4. Na espécie, embora tenha o magistrado se pautado pelo sistema antigo, o das reperguntas, e feito as suas indagações antes das partes (acusação e defesa), essas tiveram ampla possibilidade de formular os questionamentos que quiseram e entenderam pertinentes, não havendo, pois, cerceamento.

5. Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa ante a mencionada ausência do acusado na audiência de oitiva de uma testemunha de acusação, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

6. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois a existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, conforme se depreende da certidão acostada aos autos, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

7. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida - 975 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

8. Com arrimo nos fatos da causa, a conclusão do Tribunal *a quo* de que o paciente possuía "um maior envolvimento com o comércio ilícito", presta a supedanear a não incidência da causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06; e, para se adotar diverso entendimento, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 27 de junho de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.195 - RS (2012/0000278-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LINEU ISMAÉL SOUZA DE QUADROS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVANDRO MACHADO ALVES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EVANDRO MACHADO ALVES, apontando-se como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (HC n.º 70043639822).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (Processo n.º 008/2.10.0002352-7, da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Canoas/RS).

Irresignada com o édito condenatório, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo (Apelação n.º 70040460578), na data de 19.5.2011, em acórdão com esta ementa (fl. 606):

"CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PROVA. PENA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

A prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo inviável a pretendida absolvição, por insuficiência probatória.

De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios.

Quanto ao apenamento fixado ao réu, foi corretamente calculado, mostrando-se como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime perpetrado, não havendo motivos para reduzi-lo, eis que existentes operadoras desfavoráveis ao acusado.

Nesse sentido, inviáveis os pedidos subsidiários da defesa, de reconhecimento da redutora do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois o réu não preenche requisito ao alcance do benefício, bem como de exclusão da pena de multa, pois sua aplicação decorre de expressa previsão legal, sendo a eventual impossibilidade de sua satisfação matéria a ser solvida junto ao juízo da execução.

Por outro lado, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a primeira supera o patamar máximo de quatro anos, fixado pelo artigo 44-I, do CP, para tanto.

APELO IMPROVIDO."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ajuizado *mandamus* na Corte estadual, restou não conhecido em 28.7.2011. O aresto foi assim sintetizado (fls. 65):

"*HABEAS CORPUS*. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI N.º 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA E POSTERIOR MANUTENÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, EIS QUE NEGADO PROVIMENTO A APELAÇÃO DEFENSIVA, CUJA CÓPIA DO ACÓRDÃO RESPECTIVO CONSTA DAS FLS. 456/477 DOS AUTOS EM APENSO.

Pelo que se depreende dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado por sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Canoas, a qual foi confirmada por esta 2ª Câmara Criminal, quando do julgamento da apelação nº 70.040.460.578 (fls. 456/477 do apenso), tornando duvidoso que o primeiro seja a autoridade coatora.

Sendo assim, interposta apelação defensiva contra a decisão condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição, o recurso foi improvido, à unanimidade, sendo a condenação, assim como as sanções impostas, mantida por esta 2ª Câmara Criminal, em sessão de julgamento ocorrida em 19MAI2011.

Nessa esteira, considerando que a ação constitucional de *Habeas Corpus* foi interposta perante este mesmo TJRS, tendo sido distribuída, inclusive, para o mesmo Órgão Colegiado que manteve a condenação, evidente não ser ele competente para desconstituir a decisão ora combatida.

Portanto, não há como conhecer do presente *Habeas Corpus*, por incompetência desta Corte para apreciar a matéria.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO."

Neste *writ*, alegam os impetrantes que as nulidades ora aventadas não foram objeto do julgamento da apelação, sendo o Colegiado estadual o competente, portanto, para a apreciação das teses defensivas, não obstante o trânsito em julgado do feito.

Sustentam, ainda, a nulidade do feito pela colheita da prova testemunhal em desacordo com a regra insculpida no artigo 212 do Código de Processo Penal, violando-se o sistema acusatório e o brocardo do devido processo legal.

Destacam que, no "depoimento da testemunha JOICE LIANE BAUM DE SOUZA", a "magistrada tomou para si a função de realizar as perguntas à testemunha, deixando ao Ministério Público e à Defesa um papel subsidiário, quando deveria ocorrer ao contrário" (fl. 8).

Consignam que o promotor não se encontrava presente à audiência de oitiva.

Asserem que a prova deve ser expurgada dos autos, de acordo com o § 3.º do artigo 157 do Estatuto Processual Repressivo, em especial pois foi empregada para a condenação do réu.

Sustentam, inclusive, a ausência do réu na audiência de oitiva de uma das testemunhas, afrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Asserem, no caso de acolhidas as nulidades, o relaxamento da prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva do paciente, por excesso de prazo na instrução criminal, visto a custódia datar de 27.3.2010.

Defendem que a sanção deve ser reduzida, posto o acréscimo excessivo da pena-base - sem a fundamentação idônea para tanto - e a não aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06.

Esclarecem que o paciente não possui qualquer processo com o trânsito em julgado, a ensejar qualquer valoração negativa dos antecedentes.

Invocam o enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte.

Mencionam que a quantidade de entorpecente apreendido não é óbice ao reconhecimento da minorante em seu patamar máximo, nem mesmo a sua natureza.

Requerem, liminarmente, o julgamento do HC n.º 70043639822, com a devida apreciação de seu mérito, a liberdade do increpado e a aplicação da causa de diminuição de pena.

No mérito, pugnam pelo reconhecimento da nulidade do feito, com a consequente expedição do alvará de soltura em prol do paciente, ou a redução pela minorante do tráfico, fixada em seu patamar máximo.

Impetrado o presente *writ* no período de férias forenses, o então Presidente desta Corte, Ministro Ari Pargendler, indeferiu o pedido liminar (fl. 642) e solicitou informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 645/653. Noticiou-se que ocorreu o trânsito em julgado do feito na data de 21.6.2011 (fl. 647), estando o término do cumprimento da pena previsto para 25.3.2016 (fls. 29/33).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo da Rocha Campos, pela denegação da ordem (fls. 657/661).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 230.195 - RS (2012/0000278-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. TRÂNSITO EM JULGADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO PROMOTOR EM AUDIÊNCIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. TESE NÃO ARGUIDA PELA DEFESA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL OU NAS RAZÕES DO APELO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA. 3. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI Nº 11.690/2008). NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 4. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. 5. PRESENÇA DO ACUSADO NA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. NÃO CONDUÇÃO. CAUSÍDICO CONSTITUÍDO PRESENTE. PECHA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. 6. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 7. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 8. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DIVERSO. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 9. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Sob a alegação de ausência do promotor para uma audiência de oitiva testemunhal, o pleito de reconhecimento de nulidade não foi examinado pelo Tribunal de origem, visto que sequer regularmente suscitado pela defesa, quer na instrução criminal quer nas razões do apelo defensivo, não podendo, assim, ser apreciada a matéria por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Conforme entendimento desta Corte, em relação ao qual guardo ressalvas, a não observância da ordem de perguntas na colheita de prova testemunhal, conforme disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 11.690/2008, não enseja, por si só, nulidade, se não demonstrada a ocorrência de prejuízo.

4. Na espécie, embora tenha o magistrado se pautado pelo sistema antigo, o das reperguntas, e feito as suas indagações antes das partes (acusação e defesa), essas tiveram ampla possibilidade de formular os questionamentos que quiseram e entenderam pertinentes, não havendo, pois, cerceamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa ante a mencionada ausência do acusado na audiência de oitiva de uma testemunha de acusação, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

6. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois a existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, conforme se depreende da certidão acostada aos autos, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

7. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida - 975 g de *crack* -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

8. Com arrimo nos fatos da causa, a conclusão do Tribunal *a quo* de que o paciente possuía "um maior envolvimento com o comércio ilícito", presta a supedanejar a não incidência da causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06; e, para se adotar diverso entendimento, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

A princípio, saliente-se que estes autos foram distribuídos à minha relatoria, por prevenção ao HC n.º 174.024/RS, impetrado também em favor do paciente, pugnando pela liberdade do acusado. O *mandamus* foi julgado prejudicado, em virtude do advento da sentença condenatória, na qual a segregação cautelar foi reafirmada.

A questão trazida a deslinde nesta impetração abarca a tese acerca da nulidade pela ausência do promotor e do acusado para a audiência de instrução e de violação do artigo 212 do Código de Processo Penal, bem como as alegações de minoração da pena-base e incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp, de revisão criminal ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente violação da lei.

Nesse contexto, é de ver que o pleito de reconhecimento de nulidade pela alegação de ausência do promotor para uma audiência de oitiva testemunhal não pode ser enfrentado por esta Corte, eis que não foi examinado pelo Tribunal de origem no julgamento do acórdão impugnado, visto que sequer a defesa ventilou a questão nas razões do apelo ou no transcurso da instrução criminal.

Outrossim, careceu a apreciação do tema pelo Colegiado bandeirante no aresto prolatado em sede de prévio writ, *verbis* (fls. 33/34):

"Adianto que não conheço da ordem impetrada, nos termos da decisão de fls. 24/25.

Naquela oportunidade, proferi a seguinte decisão:

'Vistos.

Indefiro o pedido de concessão da ordem impetrada em caráter liminar, figura de criação pretoriana e destinada a casos excepcionais, nos quais não se enquadra o presente, malgrado os ponderáveis argumentos expostos na inicial.

Verifica-se que o paciente foi condenado por sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Canoas, a qual foi confirmada por essa 2ª Câmara Criminal, quando do julgamento da apelação nº 70040460578 (fls. 456/477 do apenso), tornando duvidoso que o primeiro seja a autoridade coatora.

Abstraindo tal questão, **a nova redação do artigo 212, do CPP, dada pela Lei nº 11.690/08, não retirou do juiz a responsabilidade pela busca da verdade real, nem vedou-lhe fazer questionamentos às testemunhas; apenas e tão somente acabou com a intermediação do juiz na formulação das questões das partes (MP e defesa) aos depoentes, podendo elas efetuar diretamente tais questões às testemunhas, consoante o entendimento jurisprudencial consolidado**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nesse órgão fracionário.

Quanto à segunda nulidade invocada, igualmente não se sustenta.

Esta Corte possui orientação de que **a falta de requisição de réu preso para audiência deprecada constitui nulidade relativa, que deve ser alegada em tempo oportuno e demonstrado o concreto prejuízo causado, sob pena de preclusão e convalidação do ato, a teor dos arestos nº 70.035.499.953 (4º Grupo Criminal, relator Des. Dálvio Teixeira) e 70.040.544.660 (1ª Câmara Criminal, relator Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira).**

Dispensando as informações da autoridade coatora, pois o apenso está instruído com cópia integral do feito.

Colha-se o parecer da douta Procuradoria de Justiça, de imediato. ...'. (fls. 24/25).

Além disso, a matéria foi enfrentada com correção pelo parecer ministerial exarado nesta instância, da lavra do Dr. Edgar Luiz de Magalhães Tweedie, o qual reproduzo em parte e adoto como razão de decidir, com a vênua de seu subscritor, evitando inútil tautologia:

'...Preliminarmente, o parecer é pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.

Interposta apelação contra a decisão condenatória proferida em primeiro grau, o recurso foi improvido, sendo a condenação, assim como as sanções impostas, mantida por esta egrégia Segunda Câmara Criminal, em sessão ocorrida em 19 de maio de 2011.

Assim, considerando que a ação constitucional foi interposta perante este mesmo Tribunal, tendo sido distribuída, inclusive, para o mesmo Órgão Colegiado que manteve a condenação, evidente não ser ele competente para desconstituir a decisão ora combatida.

Desta forma, não há como conhecer o *habeas corpus* impetrado, por incompetência deste Tribunal de Justiça para apreciar a matéria. ...'. (sic - fl. 26 verso).

'...Diante do exposto, o parecer do Ministério Público é, preliminarmente, pelo **NÃO CONHECIMENTO** do presente *Habeas Corpus*. ...'. (sic - fl. 27).

Diante do exposto, voto no sentido do não conhecimento da presente impetração."

Vedada, assim, a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido, eis a remansosa jurisprudência deste Superior Tribunal:

"CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS LEGAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

III. Evidenciado que o tema levantado não foi não foi objeto de debate e decisão por parte de órgão colegiado do Tribunal de origem, tampouco havendo notícias da existência de qualquer requerimento da defesa ao Juízo das Execuções Criminais, sobressai a incompetência desta Corte para o exame da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

IV. Ordem não conhecida."

(HC 72.031/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 380)

"HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE AÇÃO PENAL INICIADA MEDIANTE DENÚNCIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Sob pena de supressão de instância, não pode o Superior Tribunal de Justiça examinar pedido de *habeas corpus* se o Tribunal de origem não enfrentou a matéria nele deduzida.

2. *Writ* não conhecido."

(HC 24.955/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 30/05/2005 p. 417)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. 1. DOSIMETRIA DA PENA. CÓPIA DO INTERIOR TEOR DE ACÓRDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS. EMENTA QUE REVELA A FALTA DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROBABILIDADE. 2. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REMÉDIO CABÍVEL. REVISÃO CRIMINAL. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Inexistente nos autos a cópia do inteiro teor do acórdão impugnado, bem assim de outros documentos imprescindíveis à análise dos fundamentos utilizados na sentença para a fixação do *quantum* da reprimenda, impossível o conhecimento da matéria por esta Corte, especialmente quando a ementa do aresto em questão revela que a matéria não foi tratada pela segunda instância, a evidenciar provável e indevida supressão de instância.

2. O meio de impugnação adequado à espécie seria a revisão criminal, que possibilitaria maior aprofundamento a respeito da forma como foi o delito praticado, assim como das circunstâncias do delito, da culpabilidade do agente, etc., fatores estes de extrema relevância para viabilizar o controle dos argumentos invocados na sentença para a exasperação da pena-base.

3. *Writ* não conhecido."

(HC 66.787/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 04/05/2009)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS CONSUMADOS E TENTADO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CORRUPÇÃO ATIVA. PROVA DA MATERIALIDADE. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. TEMA NÃO-VENTILADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA (DECRETO PRISIONAL).
ORDEM NÃO-CONHECIDA.

1. A análise acerca da não-comprovação da materialidade do crime pelo paciente demanda aprofundado exame no contexto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedentes do STJ.

2. Não tendo o Tribunal *a quo* analisado as questões referentes à ausência de fundamentação idônea para a prisão preventiva da paciente, o Superior Tribunal de Justiça não possui competência para examiná-la, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ademais, a ausência do decreto prisional impede este Tribunal de analisar a legalidade da prisão cautelar, pois, segundo pacífica jurisprudência, o *habeas corpus*, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que não se admite dilação probatória.

4. Ordem não-conhecida."

(HC 94.059/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009)

"CRIMINAL. HC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NULIDADES. REGIME PRISIONAL RIGOROSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXACERBAÇÃO DA PENA. NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 384 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. NÃO-CONHECIMENTO.

Não se conhece das alegações de falta de fundamentação para o estabelecimento do regime fechado para o cumprimento da pena imposta ao paciente, ofensa ao princípio do devido processo legal, exacerbação da pena, bem como de falta de aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, ante a indevida supressão de instância que restaria evidenciada.

Temas levantados que não foram objeto de debate e decisão por parte do Tribunal *a quo*.

Writ não-conhecido."

(HC 24.309/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 25/08/2003 p. 334)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME PRISIONAL. QUESTÃO AINDA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

- O *habeas-corpus* é um instrumento de magnitude constitucional que tem por objetivo preservar o direito de locomoção, não se prestando para resolver questões formuladas e não decididas pelas instâncias ordinárias.

- Se as razões em que se fundam a pretensão deduzida no *writ* não foram ainda objeto de debate e pronunciamento pelo Tribunal *a quo*, é descabido o seu deslinde nesta instância superior, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

- *Habeas-corpus* não conhecido."

(HC 21.309/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 29/10/2002, DJ 18/11/2002 p. 296)

No tocante à não observância da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, tenho posicionamento no sentido de existir nulidade, pois a alteração veio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justamente prestigiar o sistema acusatório.

Sobre o tema, já tive oportunidade de registrar o seguinte:

"Não há dúvida de que o trabalho da Comissão capitaneada pela Professora Ada Pellegrini Grinover, tanto quanto a Comissão presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, consagrou o princípio acusatório [Em sentido contrário, entendendo que a reforma parcelar, tal qual implementada, não rompeu com as amarras do modelo inquisitório, conferir: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. O autor asseverou: O que se há de reafirmar, enfim, é que *reformas parciais* não mudam o sistema porque não vão no núcleo do problema, ou seja, no *princípio inquisitivo*, que permanece intacto, o que se pode constatar com as recentes *reformas*, mormente aquela referente à prova e, nela, no que diz com a chamada *teoria geral da prova*. Basta que se veja, neste sentido, a nova redação do art. 156, do CPP, dada pela Lei nº 11.690, publicada em 10.06.08, que faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas e a realização de diligências que julgar necessárias para 'dirimir suas dúvidas'].

Neste diapasão, digna de nota foi a ressonância da modificação trazida pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, relativamente à instrução criminal. Destaque-se o seguinte dispositivo:

'Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.'

Objetivando ver reconhecida a nulidade de processo em que não se permitiu às partes formular suas perguntas na forma prevista no mencionado dispositivo legal, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios impetrou *habeas corpus*, que recebeu o nº 121.216/DF no Superior Tribunal de Justiça.

A Quinta Turma, ao analisar o primeiro caso acerca da matéria, entendeu inválida a audiência realizada ao arrepio do princípio acusatório.

(...)

O tema tem merecido considerações doutrinárias em sentidos divergentes.

Há quem sustente que a nova redação do art. 212 do CPP não representou a consagração do *cross-examination*, em que as partes perguntam diretamente à testemunha, sem a interferência do juiz, porque o sistema anglo-saxão de exame cruzado 'é muito mais do que a mera possibilidade de formação de perguntas diretas pelas partes como fez o art. 212. O *cross-examination* é a imposição de que a acusação faça a inquirição das testemunhas e após, obrigatoriamente, a faça a defesa, com a possibilidade de reexame pelo inquisidor originário. O objetivo é afastar inconsistências dos depoimentos. Ao juiz é resguardada apenas a função de manutenção da ordem e realização de *perguntas suplementares*'.

De outra sorte, tem-se entendido, de forma prevalecente na doutrina,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a reforma adotou, de forma explícita, o sistema do exame cruzado da testemunha, razão pela qual ao juiz caberá formular perguntas complementares após aquelas feitas diretamente pelas partes. E, ainda que não haja, no texto do atual art. 212 do CPP, a previsão de que a parte que arrolou a testemunha e fez o exame direto possa dirigir novas perguntas depois de encerrado o exame cruzado, como existe no sistema anglo-americano e na legislação italiana, tal possibilidade não pode ser excluída: "(...) também nessa situação – de aparecerem no exame cruzado informações novas – deve ser dada oportunidade a quem fez o primeiro exame de esclarecê-las. Mas isso, é claro, sempre dentro dos limites de pertinência e relevância, não sendo possível imaginar que a reinquirição se preste a tornar o depoimento interminável, nem ocasião para antecipar a discussão da causa. Também é evidente que à parte contrária, que já fez o exame cruzado, não serão admitidas outras indagações" [Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho. Provas – Lei 11.690 de 09.06.2008. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 288. No sentido de que a modificação do art. 212 do CPP trouxe significativo avanço para a consolidação do modelo acusatório, v. Leopoldo Stefanno Louveira, Comentários ao HC 121.216/DF, na sessão Jurisprudência Anotada do *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 1274].

A aplicação do art. 212 do CPP pode, em primeiro momento, trazer alguma dificuldade prática, na medida em que o sistema presidencialista permaneceu em vigor durante mais de 60 anos. Mas, a tal pretexto, não se pode ignorar o espírito do legislador de trazer, de forma explícita, o modelo acusatório para o processo penal brasileiro, abolindo, assim, a moldura anteriormente em vigor. [Advirta-se, como o fez Antonio Magalhães Gomes Filho (op. cit., p. 287), ao comentar o novo art. 212 do CPP, que a alteração legislativa reclama 'não só conhecimentos jurídicos, mas também algum preparo nas áreas da psicologia e da argumentação. Não bastará formular perguntas à testemunha, mas principalmente saber como fazê-lo e, em certos casos, deixar de fazer']. (MOURA, Maria Thereza Rocha, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A reforma processual penal: precedentes do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ed. do Senado Federal).

Contudo, essa não é a conclusão que vêm adotando as duas Turmas que compõem a Terceira Seção e, especialmente na Sexta Turma, tenho acompanhado a maioria, para evitar divergência, embora com a ressalva do meu ponto de vista.

Vejamos, então, o que decidiu o Tribunal de origem (fl. 68):

"(...)

(...) a nova redação do artigo 212, do CPP, dada pela Lei nº 11.690/08, não retirou do juiz a responsabilidade pela busca da verdade real, nem vedou-lhe fazer questionamentos às testemunhas; apenas e tão somente acabou com a intermediação do juiz na formulação das questões das partes (MP e defesa) aos depoentes, podendo elas efetuar diretamente tais questões às testemunhas, consoante o entendimento jurisprudencial consolidado nesse órgão fracionário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)"

Não obstante o explanado, sobressai dos termos de audiência acostados às fls. 276/278, 294/295, 351/356, 388, 389, 393/400, 415/416, 417/423, 433/434, 442/443 e 448/449, a efetiva participação das partes nos transcorrer das oitivas testemunhais.

De fato, não há, na espécie, demonstração de prejuízo à defesa pela não observância do novo art. 212 do Código de Processo Penal, porque tanto a defesa quanto a acusação tiveram ampla oportunidade de formular as perguntas que entenderam pertinentes, conforme se colhe dos termos de audiência.

Aplica-se, portanto, o entendimento vigente na Corte, *verbis*:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 212 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- É entendimento pacificado nesta Corte de que a inversão da ordem de inquirição de testemunhas constitui nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno e ser comprovado o efetivo prejuízo.

- *In casu*, não obstante tenha havido inversão da ordem de inquirição, o impetrante limitou-se a denunciar o descumprimento do rito previsto no diploma processual penal, sem, entretanto, demonstrar o prejuízo decorrente. Desse modo, descabe a anulação da condenação.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 247.902/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

"*HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA DE JUNTADA AOS AUTOS. ABSOLVIÇÃO. SUPERVENIÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. PERDA DO OBJETO NESSE PONTO. ART. 402 DO CPP. INOBSERVÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. PEDIDO QUE DEVE SER FEITO AO FINAL DA AUDIÊNCIA. OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIRÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONCORDÂNCIA DA PRÓPRIA DEFESA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OBSERVÂNCIA DA ORDEM ESTABELECIDADA NO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Tendo o paciente sido absolvido em relação aos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, fica prejudicada a análise da alegação de que, até o encerramento da instrução, ainda não havia sido juntado aos autos o laudo toxicológico definitivo de constatação da natureza e quantidade da droga.

4. Com a prolação de sentença condenatória e o julgamento da apelação, fica superada a alegação de excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial, para o oferecimento de denúncia e para o término da instrução criminal.

5. Não há falar em inobservância do disposto no art. 402 do Código de Processo Penal quando verificado que, ao final da audiência de instrução, a defesa não se manifestou acerca da realização de qualquer diligência, não havendo, portanto, razões para que fosse determinada a intimação para o requerimento de diligências complementares, até porque o referido dispositivo prevê que tal pedido deve ser feito ao final da própria audiência.

6. Não se verifica a nulidade do feito pela inversão na ordem da oitiva das testemunhas, uma vez que a inversão da ordem de oitiva foi feita com a concordância da própria defesa, a qual asseverou que não via nenhum prejuízo em que fosse feita a oitiva das testemunhas de acusação naquele momento processual.

7. Não tendo a defesa demonstrado a ocorrência de efetivo prejuízo pela não observância da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, não há falar em nulidade do feito, sobretudo quando verificado que tanto a acusação quanto a defesa tiveram ampla oportunidade de formular as perguntas que entenderam pertinentes, conforme se colhe dos termos de audiência.

8. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 162.238/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE AFETE A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de habeas corpus (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias.

2. Verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso cabível, impõe-se o não conhecimento da impetração, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

3. A Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz, os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes. Ademais, em tema de nulidades, vige o princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP), cabendo ao interessado demonstrar objetivamente o prejuízo suportado pelo ato que aponta como processualmente inválido, o que não ocorreu na hipótese.

5. A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, notadamente quando realizado com segurança pelas vítimas em juízo, sob o crivo do contraditório, e a sentença vem amparada em outros elementos de prova.

6. Ademais, segundo a mesma orientação jurisprudencial, as disposições insculpidas no art. 226, do CPP, caracterizam recomendação legal, e não exigência.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 182.344/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 17/06/2013)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06 E ART. 12 DA LEI 10.826/10. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes.

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.'

3. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Codex, não se procede à anulação do ato.

4. No caso, não restou demonstrada, a partir dos documentos acostados aos autos, a ocorrência de prejuízo concreto ao Paciente que teria decorrido da arguida nulidade.

5. Verificada a superveniente prolação de sentença condenatória, na hipótese, resta superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa.

6. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 241.070/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 23/04/2013)

Relativamente à ausência do acusado na audiência de oitiva da testemunha de acusação Charles Coelho Machado, segundo a jurisprudência desta Corte, tal ausência de réu preso, constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo, o que não se verificou na hipótese, na qual o causídico constituído encontrava-se presente ao ato processual, elaborando, inclusive, perguntas, vide fls. 389 e 393/400. Desse modo, tenho como inviável o reconhecimento de nulidade no ponto.

É fundamental ter em mente que a disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do *ethos* justiça. Não sendo trazida à baila qual a influência gerada pela atuação do Poder Judiciário, não haverá nulidade.

A posição ora externada assenta-se no princípio da instrumentalidade das formas. A propósito, eis a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, GUSTAVO BADARÓ:

"Como explica Tornaghi, 'a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais são determinados com critério teleológico, isto é, para o fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assegurar certos bens jurídicos que a lei reputa politicamente necessários ou tecnicamente convenientes'. Por isso, as formas não são um fim em si mesmas. Ao contrário, são meios que permitem que o ato atinja seus fins.

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 5630. Esta regra é a 'viga mestra em matéria de nulidade' (Tourinho). O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao dispor que não se declara a nulidade que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa. Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que o "prejuízo é presumido". Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração do prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido." (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578).

Nesse sentido, eis a jurisprudência desta Casa de Justiça:

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS. DESVIRTUAMENTO DO *WRIT*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CARTAS PRECATÓRIAS NÃO CUMPRIDAS NO PRAZO. PROFERIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SENTENÇA PROFERIDA POR MAGISTRADO QUE NÃO PRESIDIU A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. CONDENAÇÃO LASTREADA EM OUTROS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO PACIENTE. CERCEAMENTO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que a defesa esgotou todos os meios ordinários e extraordinários para discussão da condenação, tendo oferecido apelação, recursos especial e extraordinários, agravo de instrumento contra a inadmissão na origem, e revisão criminal contra a sentença.

II. *Habeas corpus* impetrado em claro desvirtuamento de sua finalidade excepcional e de urgência.

III. Vencido o prazo para cumprimento das cartas precatórias, não há constrangimento ilegal na prolação da sentença. Precedentes.

IV. A via do *habeas corpus*, caracterizada pela estreiteza cognitiva, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é adequada para a análise de alegações cujo deslinde requer exame de provas.

V. A inovação processual promovida pela Lei n.º 11.719/2008, que inseriu o princípio da identidade física do juiz no processo penal brasileiro, não comporta disposição com caráter absoluto, admitindo exceções.

VI. Na hipótese, não se vislumbra qualquer irregularidade, a ensejar o reconhecimento da nulidade apontada, no que se refere à prolação de sentença condenatória por magistrada que não presidiu a instrução criminal, conclusão externada por interpretação sistemática do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, em consonância com o art. 132 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não logrou demonstrar que não se trata de caso de aplicação do dispositivo do CPC.

VII. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido da validade do reconhecimento fotográfico, desde que não seja utilizado de forma isolada, mas se coadune com os demais elementos constantes dos autos.

VIII. Embora recomendável, a presença do acusado na audiência de instrução não é essencial para a validade do ato, eis que constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação concreta do prejuízo, mormente se a oitiva das testemunhas foi acompanhada pelo defensor por ele constituído.

IX. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

X. Ordem denegada."

(HC 223.660/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. QUESTÃO PREJUDICADA. SÚMULA 52/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. FALTA DE CÓPIA DA DECISÃO QUE A DECRETOU. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ANÁLISE. INVIABILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ALEGAÇÕES NÃO CONHECIDAS. CÓPIA DA DENÚNCIA. RECEBIMENTO INTEGRAL PELO PACIENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE DEFENSOR. NULIDADES QUE DIRIAM RESPEITO APENAS A CORRÉUS. ACESSO AO ÁUDIO DAS GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS POSSIBILITADO. DEFESA REJEITOU A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA A OITIVA DAS MÍDIAS. POSTERIOR ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO PELA FALTA DE ACESSO AO SEU CONTEÚDO. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 565 DO CPP. AUSÊNCIA DO PACIENTE À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS E AO INTERROGATÓRIO DOS CORRÉUS. NULIDADE. AUSÊNCIA. RITO ORDINÁRIO DO CPP. APLICAÇÃO APENAS SE INEXISTENTE PREVISÃO DE RITO ESPECIAL. PROCEDIMENTO. LEI N. 11.343/2006. PRESUNÇÃO DE QUE ATENDE AO DIREITO À AMPLA DEFESA. REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO APÓS A INSTRUÇÃO. DIREITO. INEXISTÊNCIA. POLICIAIS PARAGUAIOS. ACESSO AO CONTEÚDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DAS GRAVAÇÕES. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ATUAÇÃO EM CONJUNTO COM A POLÍCIA FEDERAL BRASILEIRA POR FORÇA DE CONVÊNIO OFICIAL. DEGRAVAÇÃO E TRADUÇÃO. PERITO OFICIAL. DESNECESSIDADE. VALIDADE DAS TRANSCRIÇÕES E TRADUÇÕES FEITAS PELOS POLICIAIS PARAGUAIOS QUE ATUAVAM POR FORÇA DO CONVÊNIO.

1. Encerrada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, fica prejudicada a alegação de excesso de prazo, nos termos da Súmula 52/STJ.

2. Não é possível a análise da alegação de que a prisão cautelar não estaria fundamentada se os autos não foram instruídos com cópia da decisão que a decretou e a cujos fundamentos se reportou o magistrado de primeiro grau, quando, ao rejeitar a defesa preliminar, manteve a segregação do paciente. Impossibilidade, inclusive, de se verificar se o Tribunal, ao denegar a ordem, teria inovado e trazido argumentação não expendida pelo Juízo singular.

3. Se não consta dos autos cópia das decisões que decretaram as interceptações telefônicas, é inviável a análise do argumento de que as prorrogações foram deferidas por meio de decisões substancialmente idênticas ou de que não estariam devidamente fundamentadas.

4. Ausência de juntada de documentos que embasariam a alegação de que as pretensas escutas telefônicas que teriam extrapolado o prazo para o qual haviam sido autorizadas diziam respeito a terminais utilizados pelo paciente ou de que as gravações tidas como ilícitas causaram prejuízo à defesa do paciente.

5. Não comportam conhecimento as questões cuja análise é impedida pela deficiente instrução dos autos.

6. Segundo a regra do art. 563 do Código de Processo Penal, somente se declara a nulidade se dela resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; sendo relativa a nulidade arguida, cabe a demonstração do prejuízo à parte que a alega.

7. Inexistente a demonstração do gravame causado ao paciente - pelo fato de que, na oitiva de testemunhas, tanto pelo Juízo de origem como no cumprimento de carta precatória, alguns corréus teriam permanecido indefesos, pois ausente o defensor por eles constituído, sem que lhes fosse nomeado dativo -, não se declara a nulidade.

8. É descabido pronunciar-se acerca de pretensas nulidades relativas que diriam respeito a corréus, mas não ao paciente.

9. Se o paciente recebeu cópia integral da denúncia - sendo a aludida diferença do número de páginas entre a peça encartada nos autos da ação penal, protocolizada eletronicamente, e a via entregue ao paciente decorrente da utilização de formatação diferente, quando da sua impressão, de forma a diminuir a dimensão física do documento, mas sem supressão de texto -, não prospera a arguição de cerceamento de defesa.

10. Não se constata terem as normas de segurança do presídio prejudicado o acesso do paciente ao teor da acusação contra ele imputada. O impetrante, ademais, insurge-se contra elas de maneira abstrata, sem mencionar nenhum evento concreto ocorrido no estabelecimento prisional que tivesse interferido diretamente na sua atuação na defesa do paciente.

11. Segundo consta dos autos, desde o início da ação penal, todos os CD's com o áudio das gravações telefônicas esteve à disposição da defesa, tendo, ainda, o magistrado de primeiro grau possibilitado a realização de audiência conjunta para a oitiva das mídias, oportunidade em que o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teria acesso ao seu conteúdo, contudo a defesa rejeitou a proposta.

12. Ao rejeitar a realização da audiência para a oitiva das mídias, a defesa concorreu para a suposta nulidade que é por ela mesma agora suscitada, razão pela qual tem aplicação a regra do art. 565 do Código de Processo Penal.

13. O fato de o paciente, embora preso e requisitado pela autoridade judicial, não ter sido apresentado para a audiência de inquirição de testemunhas arroladas pela acusação constitui nulidade relativa, cuja declaração exige a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, o que não houve no caso concreto, mormente porque o advogado por ele constituído compareceu ao ato.

14. Não há previsão de que o réu deve estar presente ao interrogatório dos corréus ou de que todos os interrogatórios devem ser feitos pelo mesmo Juízo, com a requisição dos réus em vez da expedição de cartas precatórias, quando presos em localidades diversas, ou mesmo, como postulou a defesa, que dele deve ter ciência o acusado, em tempo real, por meio de sistema de transmissão de áudio.

15. Nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal, o rito ordinário é aplicável tão somente quando não há procedimento específico previsto em lei especial (art. 394, § 2º, CPP), não havendo direito à realização de novo interrogatório, ao final da instrução, quando se trata de crime processado nos termos da Lei n. 11.343/2006.

16. Toda lei nasce com presunção de constitucionalidade ou, em outras palavras, presume-se que atende aos ditames da Constituição Federal.

17. O legislador, ao elaborar a Lei n. 11.343/2006, entendeu que a cadeia de atos processuais nela elencados era suficiente para atender aos postulados constitucionais, entre eles, o princípio da ampla defesa.

18. Hipótese em que, segundo a narrativa constante da exordial, o paciente optou por permanecer calado durante seu interrogatório, não havendo, salvo entendimento diverso do magistrado de primeiro grau, razão para que se repita o ato.

19. Afasta-se a alegação de que policiais paraguaios teriam tido acesso ilegal ao conteúdo das escutas telefônicas, uma vez que atuavam em conjunto com a autoridade policial nacional, por meio de convênio oficial firmado entre os governos brasileiro e paraguaio.

20. São válidas as gravações e traduções efetivadas pelos agentes da polícia paraguaia que atuavam em conjunto com a Polícia Federal brasileira, pois a Lei n. 9.296/1996 não exige que tal trabalho seja feito por perito oficial. Precedentes da Quinta Turma desta Corte.

21. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada."

(HC 218.200/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/08/2012)

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NULIDADE. 1. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. NULIDADE RELATIVA. 2. AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS EM JUÍZO DEPRECADO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. FALTA DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. 3. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A ausência de defesa prévia, peça facultativa na antiga redação do art. 395 do Código de Processo Penal, não possui o condão de, por si só, nulificar a condução procedimental. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a falta de requisição de réu preso para a audiência de oitiva de testemunhas realizadas por precatória constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo.

3. A ausência do advogado constituído na audiência de oitiva de testemunhas não acarreta nulidade se o paciente foi representado por defensor dativo.

4. A intimação do réu para que constitua novo defensor, querendo, só se exige quando ocorre a renúncia do defensor constituído.

5. Ordem denegada."

(HC 123432/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011)

Dessarte, como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente teses sem o devido suporte na concretude dos fatos - *pas de nullité sans grief*.

Por fim, quanto à dosimetria da pena, teço as seguintes considerações.

Ao condenar o ora paciente, o Juízo de primeiro grau fê-lo nestes termos (fls. 525/533):

"A existência do fato considerado delituoso (materialidade) está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 05), auto de apreensão (fl.15) e laudo de constatação de substância (fl.134), bem como através da prova oral produzida no feito.

Quanto à autoria, a prova dos autos permite concluir, de forma segura, que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido pelo réu.

O réu negou a imputação. Afirmou em juízo que estava conduzindo um veículo e foi parado em uma blitz. Disse que, após ter sido agredido por policiais militares, foi conduzido à Delegacia de Polícia, onde lhe foi apresentada a droga, cuja origem desconhecia. Por fim, asseverou ter ouvido boatos de que um dos policiais que efetuou sua prisão estava mantendo um relacionamento com a sua companheira Marcela.

'Juíza: O senhor foi denunciado porque no dia 25.03.2010 estaria transportando cerca de 900 gramas de crack em um Fiat Stilo, é verdade esse fato?

Réu: Não.

Juíza: O senhor foi abordado pela polícia?

Réu: Fui abordado pela polícia em uma blitz, e eles só me informaram dessa droga quando eu já estava dentro da delegacia.

Juíza: O senhor pode acontecer o que aconteceu desde o início da abordagem?

Réu: Eu estava saindo de casa, saindo da oficina, tinha trabalhado até mais tarde pois precisava entregar um caminhão, este ficou pronto, eu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estava indo para casa e parei em uma blitz na rua República, mandaram eu descer, eu havia esquecido minha carteira de habilitação em casa, eles me perguntaram o que eu estava fazendo, eu falei que estava vindo do serviço, eles não acreditaram, me retiraram para fora do carro, revistaram o carro e não acharam nada, e nisso começaram a me empurrar, e eles já me conheciam, conheciam a minha esposa porque eu tinha uma foto dela no visor, começaram a me empurrar, me atravessaram para o outro lado da rua e começaram a me bater, nisso já encheu de viatura, estava no pátio da senhora, falaram que eu entrei, mas não entrei. Porque eles me bateram muito, me levaram para a delegacia e depois me mostraram uma quantidade enorme de drogas, e disseram que estava dentro do porta-luvas do meu carro, sendo que nem caberia lá dentro do porta-luvas.

Juíza: Não foi o senhor que ao perceber a viatura saiu em fuga?

Réu: Não, nem tinha como fugir.

Juíza: Essa rua República que o senhor foi abordado, era no caminho da sua casa?

Réu: A caminho da minha casa.

Juíza: O senhor passava lá sempre?

Réu: Sempre, todo dia.

Juíza: E aquela localidade é conhecida como ponto de tráfico? Ali perto?

Réu: Não.

Juíza: Tem ponto de tráfico ali perto?

Réu: Tem, que eu ouvi falar. Mas não ali.

Juíza: Quantos policiais lhe abordaram?

Réu: Três.

Juíza: Sabe os nomes?

Réu: Um eu sei que é o Dionatan. Os outros eu não sei.

Juíza: Esse Dionatan o senhor já conhecia? Por que lembra do nome dele?

Réu: Já conhecia ele de vista.

Juíza: De onde?

Réu: Da Mathias Velho.

Juíza: Por que conhecia ele?

Réu: Porque, antigamente, eu trabalhei com escolta armada também, fazia escolta para o caminhão da Schincariol, e já tinha ouvido falar nele (...).

Juíza: Esses policiais teriam algum motivo para lhe acusar falsamente, colocar drogas no seu carro?

Réu: Fiquei sabendo desses boatos aí.

Juíza: Quais boatos?

Réu: Esse que ele estaria andando com a minha esposa.

Juíza: O Dionatan?

Réu: O Dionatan, porque ele já conhecia ela.

Juíza: De onde surgiram esses boatos?

Réu: Da igreja da minha mãe, uma senhora falou para a minha mãe, e até no dia que eu fui preso, eu perguntei como eu tiraria o carro, e dois ou três dias depois ele já havia tirado o carro do depósito.

Juíza: O senhor refere que invadiu um terreno de uma casa lá, mas não estava fugindo da polícia?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Réu: Não, em nenhum momento. Eu nem posso correr pois tenho descartilagem no joelho.

Juíza: O senhor não teve que pular o muro?

Réu: Não, nenhum muro.

Juíza: Como entrou na casa?

Réu: Eles me derrubaram pela cerca.

Juíza: A dona da casa estava?

Réu: Não lembro, tinha uma senhora do lado que viu tudo, desde o início.

Juíza: O senhor foi detido dentro do pátio?

Réu: Eu fui detido antes, mas depois dos socos e empurrões me trouxeram de volta para dentro do pátio.

Juíza: O senhor já tinha algum antecedente policial?

Réu: Tinha.

Juíza: Por qual delito?

Réu: Em 2008 porque eu estava junto com uns amigos meus.

Juíza: Não lhe ouvi.

Réu: Em 2008 pelo 155, eu estava com uns amigos meus. E agora em janeiro pelo 180.

Juíza: Qual 180?

Réu: Me disseram que eu havia roubado, mas não tinha roubado nada. Fazia poucos dias que eu havia comprado meu Fiat Stilo.

Juíza: O senhor responde processo por algum desses delitos?

Réu: Acho que só pelo de janeiro, pelo de 2008 não.

Juíza: Tinha cachorros nesse pátio?

Réu: Tinha.

Juíza: Quantos?

Réu: Acho que eram dois. Eles me batiam e os cachorros estavam se avançando neles.

Juíza: E o que aconteceu com os cachorros?

Réu: Eles mataram os cachorros.

Juíza: O senhor trabalhava há quanto tempo nessa oficina?

Réu: Já tinha trabalhado antes, dois anos e pouco, e agora estava de volta, por trinta ou quarenta dias.

Juíza: Onde o senhor morava?

Réu: Cinco Colônias.

Juíza: Morava com quem?

Réu: Com essa minha esposa, a Marcela.

Juíza: O senhor estava em processo de separação?

Réu: Estava.

Juíza: E antes desse fato, o senhor soube de alguma coisa, a sua esposa saía com esse policial militar, Dionatan?

Réu: Não, nunca soube nada antes.

Juíza: E depois disso o senhor chegou a averiguar esses boatos?

Réu: Pedi para minha mãe ver e fiquei sabendo que andaram ameaçando a minha família.

Juíza: Sua mãe chegou a conversar com a sua esposa?

Réu: Ela não quis conversar com a minha mãe.

Juíza: O senhor já tinha processo de separação ajuizado?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Réu: Não, não eramos casados no papel.

Juíza: Já estavam separados de fato?

Réu: Morávamos juntos ainda.

Juíza: O senhor nunca mais falou com a sua esposa depois dessa prisão?

Réu: Não, depois ela foi me visitar.

Juíza: O senhor perguntou sobre esses boatos?

Réu: Ela negou.

Juíza: O senhor tem mais alguma coisa a dizer em sua defesa?

Réu: Que eu nunca me envolvi com droga, e sempre trabalhei.

Juíza: Pelo Ministério Público.

Ministério Público: Esse carro estava em nome de quem?

Réu: Da minha esposa, só que nós compramos juntos.

Ministério Público: Mas então ela tinha legitimidade para retirar o veículo.

Réu: Meu advogado falou que só com autorização do juiz para retirar.

Ministério Público: E não foi solicitado?

Réu: Não foi solicitado.

Ministério Público: Nada mais.

Juíza: Pela defesa.

Defesa: No dia em que tu foi preso, vinha a Porto Alegre?

Réu: Não.

Defesa: Nada mais.'

Contudo, a negativa do réu restou isolada do contexto probatório.

A testemunha Joice Liane Baum de Souza (fls. 237/242), residente nas proximidades em que ocorreu a abordagem, declarou que o veículo do réu foi parado por policiais militares que passaram a realizar a revista. Num primeiro momento, notou que não havia sido encontrada droga no veículo, retornando para o interior da residência por uns quinze minutos. Após, com a chegada de mais viaturas, voltou para a rua, ouvindo de vizinhos que os policiais tinham encontrado droga no veículo do réu.

O policial militar Charles Coelho Machado (fls. 276/283) afirmou ter encontrado a droga no porta-luvas do veículo conduzido pelo réu, que naquele momento confirmou estar transportando a substância para venda.

'**Juíza:** Tem algum problema com o réu Evandro Machado Alves?

Testemunha: Não conheço, não estou lembrado.

Juíza: Promete dizer a verdade?

Testemunha: Sim.

Juíza: Sob pena de responder por crime de falso testemunho. O fato ocorreu em Canoas no dia 25 de março de 2010 por volta de vinte uma e quinze na Rua dos Metalúrgicos, Beco do Guildai, bairro Santo Operário, onde segundo a denúncia o réu trazia consigo 975 gramas de crack, lembrou da ocorrência?

Testemunha: Lembrei.

Juíza: O que o senhor informa então?

Testemunha: Foi em patrulhamento normal de rotina, próxima a famosa boca de fumo em Canoas no bairro Matias Velho, nós avistamos um Fiat Stilo em atitude suspeita e vimos o Stilo e fomos abordá-los,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conseguimos abordar umas três ou quatro quadras depois e nisso estava dentro, eu fiz a averiguação dentro do carro encontrei dentro do porta luvas a droga enrolada em um papel laminado e mais uma sacola, ele tentou fugir da guarnição, entrou em um pátio vizinho correndo foi onde outro colega foi e encontrou ele deitado no chão.

Juíza: Com a palavra o Ministério Público.

Ministério Público: Era uma blitz da brigada de trânsito?

Testemunha: Não nós estávamos em patrulhamento normal, de rotina e nós avistamos aquele carro em atitude suspeita próximo ao beco é um carro, que não é normal, não é comum um Fiat stilo, ali perto de uma boca de fumo.

Ministério Público: E esta boca de fumo já estava sendo monitorada pela brigada?

Testemunha: Já, já estava, ali mesmo eu já peguei vários tráficos na época que eu trabalhava ali, vários tráficos.

Ministério Público: E resolveram, determinaram que ela parasse e ela na parou, o senhor falou que só foram conseguir abordar três ou quatro quadras depois?

Testemunha: Ele viu a viatura, ele avistou a viatura e tentou fugir foi onde nos conseguimos abordar mais adiante.

Ministério Público: E abordaram nessa rua da República?

Testemunha: Isso na Avenida República.

Ministério Público: Como foi ele ficou parado dentro do carro ou ele...

Testemunha: Não saiu tranquilo normal na abordagem, mandamos ele colocar a mão no capo, normal ele estava bem tranquilo na hora, e quando avistamos a droga foi que ele tentou fugir, ele estava sem documento nenhum, sem documentação nenhuma.

Ministério Público: Nem pessoal e nem do veículo?

Testemunha: Nem pessoal e nem do veículo ele alegou que ele era mecânico, ele estava com o macacão azul de oficina mesmo, com as mãos até suja mesmo de gracha.

Ministério Público: E porque ele resolveu sair quando foi encontrada a droga?

Testemunha: Por causa da droga, era quase um quilo de crack.

Ministério Público: E como estava condicionada essa droga?

Testemunha: Estava em um papel laminado e mais uma sacola envolta.

Ministério Público: Mas era um tijolo único, não estava em pedrinhas?

Testemunha: Não.

Ministério Público: Era um tijolo de quase um quilo?

Testemunha: Isto.

Ministério Público: E o carro ele disse que era dele o veículo?

Testemunha: Ele disse que era dele.

Ministério Público: Quem é que chegou a persegui-lo, foi o senhor ou outro colega?

Testemunha: Foi outro colega, foi o soldado Dionatan.

Ministério Público: E para onde ele foi?

Testemunha: Ia saindo um senhor na casa ao lado onde nós fizemos a abordagem, o senhor abriu o portão ia saindo para rua ele aproveitou e entrou.

Ministério Público: E o PM saiu atrás dele?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Testemunha: Saiu atrás.

Ministério Público: Tinha cachorros nesta casa?

Testemunha: Na casa ao lado tinha dois cachorros.

Ministério Público: Na que ele entrou não?

Testemunha: Não, na que ele entrou não, o colega entrou na casa, o colega entrou para esquerda na casa onde tinha os cachorros, o colega entrou a esquerda e não avistou ele, os cachorros até foram no colega, o colega até executou os dois cachorros, ele tinha entrado para direita, o Evandro tinha entrado para a direita e tinha uns muros altos, ele não conseguiu fugir, foi ali que ele ficou encurralado.

Ministério Público: O PM então teve que atirar nos cães?

Testemunha: Teve os cachorros se avançaram nele.

Ministério Público: Eram quantos cães?

Testemunha: Dois.

Ministério Público: O réu o Evandro?

Testemunha: O Evandro estava em outro pátio.

Ministério Público: Não estava neste mesmo pátio dos cães?

Testemunha: Não, não.

Ministério Público: E porque o PM entrou por esse pátio?

Testemunha: Não, no que ele entrou no caso o pátio que o Evandro entrou no portão o colega enxergou o primeiro que estava livre, por onde ele podia sair, e foi em direção e os cachorros vieram nele, não tinha cerca nada separando os pátios.

Ministério Público: Que cães eram?

Testemunha: Eram dois vira latas, eu não cheguei a ver, os cachorros eu não cheguei a ver, eu fiquei na viatura com a droga no caso pedindo apoio para as outras viaturas porque ele tentou fugir.

Ministério Público: O que ele alegou sobre essa droga?

Testemunha: Que ele estava transportando só para vender.

Ministério Público: Ele confirmou que estava transportando para vender a droga? Sim ou não?

Testemunha: Sim.

Ministério Público: Houve alguma agressão, alguma reação da brigada com relação a ele, ele resistiu, houve uso de força, como foi para conte-lo?

Testemunha: Só na hora de conte-lo para algemar, ele resistiu, nós mandamos ele deitar no chão, e ele ficou.

Ministério Público: Ele chegou a ficar lesionado?

Testemunha: Não.

Ministério Público: Os cachorros chegaram a lesionar ele, mordem ou arranhar ele?

Testemunha: Não, os cachorros eram no outro pátio, os cachorros avançaram só no colega.

Ministério Público: Que horas era isso?

Testemunha: De noite.

Ministério Público: Houve alguma consulta a sistemas informatizados da polícia?

Testemunha: Com relação a ele?

Ministério Público: É.

Testemunha: Sim.

Ministério Público: Em que momento?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Testemunha: Em seguida da abordagem a outra colega que estava na viatura foi quem consultou o nome dele.

Ministério Público: Antes de encontrarem a droga?

Testemunha: Antes de encontrar a droga.

Ministério Público: O que foi verificado no sistema?

Testemunha: Não lembro, porque eu não estava próximo à viatura.

Ministério Público: Ele estava sozinho?

Testemunha: Estava sozinho.

Ministério Público: Era só ele no carro?

Testemunha: Só ele.

Ministério Público: Nada mais.

Juíza: Com a palavra a defesa.

Defesa: O senhor pode descrever o carro do réu?

Testemunha: Fiat stilo prata.

Defesa: Foi visto algum usuário no local?

Testemunha: Na abordagem não, onde começou a perseguição do carro sim.

Defesa: Onde começou e onde o réu foi preso?

Testemunha: Onde foi preso não, só onde começou.

Defesa: Tinha algum usuário lá?

Testemunha: Tinha.

Defesa: A polícia identificou este usuário?

Testemunha: Foi antes da abordagem no veículo sim, nós já tínhamos passado ali.

Defesa: O senhor já tinha em alguma outra oportunidade visto o réu vendendo drogas na cidade de Canoas?

Testemunha: Não.

Defesa: Havia alguma suspeita dos policiais militares, dos senhores colegas a respeito da venda de drogas por parte do réu?

Testemunha: Não.

Defesa: O senhor disse que foi o senhor que apreendeu a droga do carro?

Testemunha: Sim.

Defesa: Em que local estava?

Testemunha: No porta luvas.

Defesa: Quando o senhor apreendeu a droga onde o réu se encontrava?

Testemunha: Ele estava atrás do carro.

Defesa: Quem é que efetivou a prisão do réu? Quem algemou ele?

Testemunha: O soldado Dionatan.

Defesa: Em que local foi?

Testemunha: Foi na casa em que ele entrou.

Defesa: Quanto tempo o senhor trabalhou em Canoas?

Testemunha: Dois anos e meio.

Defesa: O senhor disse que foi o soldado Dionatan que algemou o réu, mas a pouco o senhor falou para o promotor que houve reação do réu ao ter sido algemado e que exigiu força da polícia, pelo senhor junto ou pelo Dionatan?

Testemunha: Não pelo Dionatan.

Defesa: O senhor viu ele reagindo?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Testemunha: Vi.

Defesa: Mas ele não estava no interior da casa?

Testemunha: Não, não é na casa é no pátio, no pátio da casa.

Defesa: Quem estava presente com o senhor no momento em que foi encontrada a droga?

Testemunha: O Dionatan e a soldado Vigil.

Defesa: Que quantidade de droga foi apreendida, o senhor se recorda?

Testemunha: 975 gramas.

Defesa: A proprietária dessa residência onde tinha os cachorros ele assistiu a abordagem, a prisão do réu pela polícia?

Testemunha: Não, no momento que eles viram que entrou alguém no pátio eles entraram para dentro da casa.

Defesa: O senhor disse que um senhor estaria na frente da casa?

Testemunha: Na casa em que ele entrou sim, tinha um senhor que estava saindo só não vi para onde ele correu.

Defesa: A polícia não identificou outras pessoas para utilizar como testemunhas, da prisão em flagrante?

Testemunha: Não, no momento não.'

Nesse mesmo sentido, as declarações dos policiais militares Dionathan Prestes do Amaral (fls. 298/301) e Queli Catarina Vigil Lemes (fls. 190/192).

Observe-se que as narrativas dos policiais, em linhas gerais, não apresentam distorção de conteúdo, tendo sido reproduzidas em juízo e confirmados os dizeres inquisitoriais, inexistindo relação prévia entre eles que permitisse aventar de uma deliberada e espúria intenção incriminatória contra o acusado.

Ditos elementos, ao sentir dessa julgadora, permitem valorizar a carga de veracidade que merece o testemunho de policiais responsáveis pela prisão, especialmente diante do fato da apreensão e da ausência de prova acerca do interesse destes na incriminação dos acusados. Aliás, a alegada pretensão incriminatória decorrente de relacionamento amoroso entre o policial Dionathan e a companheira do réu não foi minimamente comprovada. A informante Nagilia Raquel Rosa da Encarnação não prestou compromisso e disse ter ficado sabendo por terceira pessoa que a companheira do réu havia se envolvido amorosamente com o policial Dionathan. Contudo, tal informação veio desprovida de qualquer comprovação de veracidade.

Transparece inaceitável, a propósito, que o Estado fosse executar o serviço de perseguição por meio de seus servidores e, durante este, retire a credibilidade de suas palavras. A jurisprudência tem sido firme nesse sentido, do que é exemplo:

(...)

Como se vê, a prova é segura e permite a condenação. Nesse sentido:

(...)

Ao contrário do sustentado pela defesa, a prova é suficiente para a expedição de decreto condenatório, pois de forma clara e precisa, demonstram que Evandro transportava a substância entorpecente.

Inviável, outrossim, a aplicação do privilégio do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois o réu registra antecedentes e consigo foi encontrada quantidade considerável de 'crack'.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inarredável, pois, a condenação do réu pelo delito de tráfico imputado na acusatória.

Passo à individualização da pena.

Analiso, em primeiro lugar, as circunstâncias judiciais e do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

O réu registra *antecedentes*; a *conduta social* foi abonada por testemunhas; nos autos não há elementos para aferir a *personalidade*, o que não lhe prejudica; os *motivos* não são desfavoráveis; as *circunstâncias* são as comuns à espécie; não se conhecem as *consequências*; o *comportamento* da vítima foi irrelevante, porquanto é o próprio Estado, visto que a norma tutela a saúde pública; a *natureza* e a *quantidade* de entorpecentes são dignas de nota, pois com o réu transporta quase um quilograma (1 kg) de 'crack', substância que causa dependência desde o primeiro consumo; assim, a *culpabilidade* do réu, pessoas plenamente capazes de entender o caráter ilícito de sua conduta e de posicionar-se de modo diverso.

Sendo assim, fixo a *pena-base* em seis anos de reclusão, a qual torno **definitiva** face à ausência de causas modificadoras, devendo seu cumprimento iniciar no **regime fechado**, consoante artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, alterado pela Lei. 11.464/07.

Inviável a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, tendo em vista que superior ao limite do art. 44, I, do CP.

Aplico-lhe, ainda, a **pena pecuniária de quinhentos (600) dias-multa**, para o delito de tráfico de entorpecentes, a razão de 1/30 do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato, com base nas circunstâncias judiciais e nas condições econômicas do acusado, tendo em conta o disposto no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

ISSO POSTO, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia e, por conseguinte, **CONDENO** os réus EVANDRO MACHADO ALVES à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão, e à **pena pecuniária de seiscentos (600) dias-multa**, à razão de 1/30 do salário mínimo nacional, por ter cometido o delito tipificado no artigo 33, 'caput', da Lei nº 11.343/2006. A pena privativa será cumprida em regime inicial fechado.

(...)"

Do acórdão prolatado nos autos do apelo defensivo colhe-se o seguinte (fls. 608/630):

"(...)

Em razões, a defesa do apelante requer o provimento do presente recurso, reformando-se a sentença no sentido da sua absolvição, com fulcro no artigo 386, incisos II, IV, V e VII, do Código de Processo Penal ou, em caso de entendimento diverso, postula seja aplicada redutora prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sendo minorado o **quantum** da pena abaixo do mínimo legal e que o mesmo seja dispensado do pagamento da pena de multa (fls. 410/422).

(...)

Observe-se que as narrativas dos policiais, em linhas gerais, não apresentam distorção de conteúdo, tendo sido reproduzidas em juízo e confirmados os dizeres inquisitoriais, inexistindo relação prévia entre eles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que permitisse aventar de uma deliberada e espúria intenção incriminatória contra o acusado.

(...)

De igual forma, quanto ao **apenamento** fixado ao réu, foi corretamente calculado, mostrando-se como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime perpetrado, não havendo motivos para reduzi-lo, eis que existentes operadoras desfavoráveis ao acusado, razão pela qual a magistrada **a quo** estava autorizada a fixar sua pena-base acima do piso mínimo, no caso, em 06 (seis) anos de reclusão, ou seja, apenas 01 (um) ano acima de tal patamar, consoante a doutrina de José Antonio Paganella Boschi'.

Aplicam-se, nesse ponto, os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da individualização, da dignidade e da humanidade da reprimenda penal, num juízo de suficiência, adequação e necessidade, e numa perspectiva de observância das finalidades profilática, pedagógica e **retributiva** da sanção penal.

Nesse sentido:

(...)

Assim, a pena privativa de liberdade do réu foi finalizada em **06 (seis) anos de reclusão**, na ausência de quaisquer outras causas modificadoras, o que vai ora confirmado.

Por outro lado, é inviável o pleito da defesa, de reconhecimento da redutora do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, eis que, conforme se observa dos autos, o réu apresenta antecedentes, além do que **a quantidade de droga com ele apreendida foi expressiva – 975g de crack -, indicando um maior envolvimento com o comércio ilícito, não preenchendo os requisitos exigidos pelo § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos**. Por esta mesma razão, também inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois as circunstâncias judiciais não recomendam o deferimento da benesse, além do que o **quantum** de pena é superior ao exigido por lei – incisos I e III do artigo 44 do Código Penal.

Enfim, quanto ao pedido de afastamento da pena de multa, melhor sorte não assiste à defesa, pois a sanção pecuniária prevista para o crime de tráfico de entorpecentes é cumulativa com a pena privativa de liberdade, não podendo o juiz prolator da sentença, a seu alvedrio, deixar de fixá-la.

E eventual impossibilidade do réu em satisfazer o pagamento da multa ou mesmo das custas, é matéria afeta à execução criminal. Nesse sentido, é também o entendimento reiterado deste TJRS:

(...)

Ante o acima exposto, nego provimento ao apelo."

Vê-se que o Juiz de primeiro grau aumentou a reprimenda-base acima do patamar mínimo, considerando como desfavoráveis a circunstância judicial relativa aos antecedentes e à natureza e quantidade de entorpecente apreendido.

Ao que cuido, até a data do fato imputado, vê-se que o acusado somente possuía anotado em sua folha de antecedentes feitos em curso e uma suspensão condicional do processo (fls. 108/109). Se assim o é, não se poderia consignar maus antecedentes, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais: 'Em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se considera mau antecedente o processo criminal em curso' (HC-70.967, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 12.11.2007).

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 152.478/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE ABSTRATA E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, em desarmonia com o disposto no artigo 59 do Código Penal, tendo o magistrado apontado a gravidade abstrata do delito e circunstâncias inerentes ao tipo penal para justificar a majoração, contudo, sem indicar qualquer elemento concreto e idôneo para tal fim.

2. O fato de o paciente responder a dois outros processos não é suficiente para demonstrar 'péssimos antecedentes', pois não se admite a utilização de processos sem trânsito em julgado para caracterização desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula nº 444 desta Corte.

3. Assim, deve a pena do homicídio consumado ser reduzida ao mínimo legal de 12 anos de reclusão e a do homicídio tentado para 4 anos de reclusão.

4. Reconhecida a continuidade nas instâncias ordinárias, constata-se que ela é mais benéfica ao apenado. Dessa forma, deve a pena mais grave (12 anos de reclusão) ser aumentada em 1/6 - patamar adotado pelo Juiz - fixada a pena definitiva em 14 anos de reclusão.

4. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 14 anos de reclusão."

(HC 141.620/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

"*HABEAS CORPUS*. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado *a quo* estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão."

(HC 164.883/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. *SURIS*. NÃO-CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o *SURIS* às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento."

(HC 140.306/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

Confira-se, inclusive, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

De fato, do atento exame da certidão juntada às fls. 108/109, observa-se que o paciente detinha em seu desfavor feitos em trâmite e um processo suspenso, os quais foram indevidamente empregados para majorar a sanção-base (fls. 532/533). De se expurgar, portanto, o acréscimo no ponto.

Agora, com relação aos aspectos outros que ensejaram maior gravame na reprimenda, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, *ex officio*, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 975 g de *crack* (fl. 75) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Quanto à legitimidade da exasperação da pena, na primeira fase de sua individualização, com fulcro na natureza das drogas, cumpre colacionar alguns precedentes deste Sodalício, a título ilustrativo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que a Corte originária levou especialmente em consideração a desfavorabilidade das circunstâncias em que cometido o delito, já que o agente foi flagrado na companhia de menor e na posse de elevada quantia em dinheiro, indicativa de tráfico em larga escala, e ainda as referentes à natureza, variedade e quantidade das drogas apreendidas - 82 gramas de maconha, 19,38 gramas de cocaína e 16,93 de crack - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

(...)

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, em parte concedido, apenas para fazer preponderar a atenuante da menoridade relativa sobre a agravante da reincidência, restando a sanção do paciente definitiva em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 635 (seiscentos e e trinta e cinco) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatido.

(HC 237.264/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração para a exasperação da pena-base especialmente a diversidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente (maconha, cocaína e *crack*), além da quantidade (catorze porções de maconha, com peso total de 48,7 g; seis porções de cocaína em pó, com peso total aproximado de 3 g; nove porções de cocaína em pó, com peso total de 5 g e uma porção de cocaína sob a forma de *crack*, com peso total de 3,7).

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como à fixação do regime inicial aberto aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

3 Ordem parcialmente concedida para afastar a vedação legal à fixação do regime menos gravoso e à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cabendo às instâncias originárias a verificação quanto ao preenchimento pelo paciente dos requisitos necessários.

(HC 226.272/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 11/06/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/1976. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. 2. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. 3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REQUISITOS LEGAIS PARA A INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NA NOVA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 3. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi estabelecida considerando a elevada quantidade de droga apreendida, bem como em razão das consequências nefastas do delito, cujos lucros obtidos com o comércio ilícito eram destinados à manutenção de organização criminosa.

2. A partir do julgamento do EREsp nº 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao preceito do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, ressalvada minha opinião no sentido da possibilidade de aplicação de norma posterior benéfica.

3. Deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu. Na hipótese, não faz jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o paciente que se dedica a atividades criminosas e integra organização criminosa, circunstâncias devidamente reconhecidas no acórdão da apelação.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 128.343/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 24/04/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBEDIÊNCIA AO CRITÉRIO ESTABELECIDO NO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA (*CRACK*). CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. EXASPERAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Somente se admite a reforma da dosimetria de pena, em sede de *habeas corpus*, quando exsurge dos autos flagrante ilegalidade, o que, seguramente, não ocorreu no caso em apreço.

2. Na hipótese, vê-se que o acórdão impugnado, valendo-se do critério estabelecido no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, considerou, em desfavor do Réu, a natureza da substância apreendida, vulgarmente conhecida como *crack* (mistura com maior potencial viciante e destrutivo), para exasperar a pena-base em 01 (um) ano.

3. Além disso, o aresto adversado reconheceu corretamente ser o Paciente portador de circunstância judicial desfavorável, qual seja, a conduta social desabonada, o que, por certo, legitima a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

4. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea, no momento da fixação da reprimenda. Precedentes.

5. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 169.684/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 17/05/2011)

Assim, demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da natureza e da quantidade de droga, as instâncias de origem entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

No tocante à causa especial de redução de pena, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, verifica-se que, com arrimo nos fatos da causa, o Tribunal de origem negou a incidência da minorante à espécie por entender que o paciente possuía "um maior envolvimento com o comércio ilícito" (fl. 625).

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, as instâncias ordinárias negaram-lhe a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em razão da natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias que indicariam a sua ligação com atividades criminosas.

2. Para se concluir que a paciente não se dedicava à atividades ilícitas seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada. (HC 203.494/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE DE 50 GRAMAS DE MACONHA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 foi rejeitada de forma fundamentada, tendo sido reconhecido, pelas instâncias ordinárias, que a paciente se dedica, de forma reiterada, ao comércio ilícito de drogas, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, por se dedicar a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas.

2. De mais a mais, é inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas.

3. A conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo que seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do *habeas corpus*.

(HC 197.815/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ e de 28.6.2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colho o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a referida minorante por reconhecer o envolvimento do paciente com a marginalidade.

III – A discussão sobre a existência ou não de vínculo do paciente com atividades criminosas, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, por tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

(RHC 103.556/SP, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ e de 25.5.2011)

Dessarte, passo à fixação da reprimenda. Afastado o acréscimo pela circunstância judicial dos antecedentes, reduzo a pena-base aplicada para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no patamar ínfimo previsto em lei, restando por definitiva a reprimenda.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem a fim de diminuir a pena imposta para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, mantendo o regime fechado outrora cominado pelas instâncias de origem, nos autos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo n.º 0023522-27.2010.8.21.0008, da 4.^a Vara Criminal da Comarca de Canoas/RS.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0000278-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 230.195 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 638250 70043639822 821000023527

EM MESA

JULGADO: 27/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LINEU ISMAÉL SOUZA DE QUADROS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVANDRO MACHADO ALVES (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.