



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.311 - SP (2015/0126237-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JUNIOR TADEU DOS SANTOS OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 399, § 2º, DO CPP. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE NÃO SE TRATA DE UMA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 132 DO CPC. CONCLUSÃO PELA EXISTÊNCIA DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. . REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718/STF E 719/STF e 440/STJ. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que, não obstante o princípio da identidade física do Juiz, expresso no artigo 399, § 2º, do Estatuto Processual Penal (com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08), determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado. Na espécie, não se desincumbiu a Defesa do ônus de demonstrar que não se trata de uma das exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há como se concluir sobre a existência de nulidade decorrente da violação ao referido princípio.

2. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *writ*.

3. O Tribunal *a quo* concluiu, com arrimo nas provas e fatos constantes dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescente. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

4. O Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinou elementos concretos para justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda impostas ao paciente, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

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 *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 1º de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.311 - SP (2015/0126237-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JUNIOR TADEU DOS SANTOS OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JUNIOR TADEU DOS SANTOS OLIVEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0084922-98.2011.8.26.0224).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em 15.03.2013, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, além de multa. Considerando-se o tempo em que esteve preso e observando-se que já teria o direito à progressão de regime, foi fixado, em sede de antecipação de tutela jurisdicional da execução, o regime semiaberto (Processo n.º 0084922-98.2011.8.26.0224 da 5ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP) (fls. 13/17).

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial. Eis o teor do acórdão:

1 - Preliminares

(...)

(...) quanto ao princípio do juiz natural, recentemente incluído ao Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.719/08, acrescentou o § 2º ao artigo 399, nos seguintes termos: O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Entretanto, a lacuna evidenciada no citado dispositivo legal quanto às hipóteses de férias, licença, promoção ou qualquer outro afastamento do magistrado que presidiu a instrução processual enseja a aplicação analógica do art. 132, do Código de Processo Civil, que excetua a incidência do princípio da identidade física do juiz, *in ver bis*:

(...)

Anoto, por oportuno, que caberia ao apelante demonstrar que, no caso em questão, não está presente nenhuma das exceções ao princípio da identidade física do juiz mencionadas acima.

A questão foi recentemente superada pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão assim ementada:

(...)

Ademais, não restou demonstrado prejuízo decorrente da suposta violação ao princípio da identidade física do Juiz - artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal -, nos termos do artigo 563, do mesmo Estatuto Processual Penal. Confira-se, *mutatis mutandis*, a jurisprudência:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Afasto, portanto, as preliminares.

2 - Mérito

(...)

Passo a analisar a dosimetria da pena.

Na primeira fase, observado o art. 59, do Código Penal, bem como o art. 42, da Lei nº 11.343/2006, ausentes circunstâncias desfavoráveis ao réu, correta a fixação da pena-base em cinco anos de reclusão, mais o pagamento de quinhentos dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda, ausentes agravantes e atenuantes, permaneceu inalterada a reprimenda.

Na derradeira etapa, constatado que o delito foi praticado com a participação de adolescente, cabível o aumento na fração de 1/6, nos termos do art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, do que resulta em cinco anos e dez meses de reclusão, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, no mínimo legal.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo a quo, ressalto que, no caso em tela, é incabível o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Primeiro, porque JÚNIOR TADEU não logrou êxito em comprovar ocupação lícita e carregava grande quantidade de entorpecentes, tudo a indicar que faz do tráfico o seu meio de vida.

Depois, porque a nova Lei de Tóxicos é bem mais rigorosa que a anterior e estabelece penas mais severas. O referido parágrafo prevê uma causa especial de redução de pena para o agente que se enquadrar nas disposições nele contidas, o que não é o caso dos autos, diante das circunstâncias que envolvem os fatos.

(...)

Essa lição mostra a utilidade e até mesmo a necessidade da norma contida no parágrafo em estudo. A lei nova tornou muito mais severa a punição do traficante e permitiu ao juiz ajustar melhor a pena ao fato ocorrido e à personalidade concreta do agente, no dizer de Silva Franco.

A lei permitiu tratamento desigual aos desiguais, na medida da desigualdade. Permitiu ao juiz ajustar melhor a pena ao fato ocorrido e à personalidade concreta do agente, no dizer de Silva Franco.

Vê-se, destarte, que esse benefício atende com maior amplitude o princípio constitucional da individualização da pena.

(...)

Dessa forma, a reprimenda resulta definitiva em cinco anos e dez meses de reclusão, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, no mínimo legal.

Por outro lado, indiscutível que para o delito de tráfico de drogas, o regime inicial é o fechado. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. O bom filho torna-se rebelde, desrespeitador, violento, furta dos próprios pais e não raramente pratica agressões contra eles, violência esta que não pode ser tolerada, tudo para obtenção da droga. Acaba se transformando em traficante para sustentar o vício. A tranqüilidade da família desaparece e em seu lugar passa a reinar o que há de pior, causando problemas de seriedade incontestável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

No mais, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sabemos que é vedada tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, vez que se trata de crime equiparado a hediondo.

(...)

É bem verdade que o Senado Federal editou a Resolução nº 05/2012, que dispõe:

(...)

A decisão pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, deu-se incidenter tantum pelo C. Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada, e a Resolução foi editada com o intuito de expandir os limites subjetivos do decisor.

Não obstante, ainda que suspenso por inconstitucionalidade o contido no § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44 da mesma lei continua em pleno vigor, o qual dispõe:

(...)

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício.

Outrossim, não obstante a Lei nº 12.736/2012 determine que o tempo da prisão provisória deva ser computado para fixação do regime inicial para cumprimento da pena, entendo não ser possível sua aplicação.

(...)

Posto isso, rejeito as preliminares, nego provimento ao apelo defensivo e dou provimento ao inconformismo ministerial, para elevar a reprimenda a cinco anos e dez meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, no mínimo legal, nos termos do art. 33, caput, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, mantida, no mais, a r. sentença guerreada, também por seus fundamentos (fls. 64/76).

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta a nulidade da sentença condenatória em decorrência de evidente violação do princípio da identidade física do juiz, por ter sido a instrução feita por um juiz e a sentença prolatada por outro magistrado.

Alega que caberia ao juiz sentenciante demonstrar a presença dos requisitos autorizadores da violação ao referido princípio e não à parte prejudicada.

Defende que o simples fato de estar de carona na moto conduzida por um adolescente no momento da prisão, não caracteriza a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta que o paciente é primário e sem maus antecedentes e não integra organização criminosa ou se dedica à atividades criminosas, devendo ser aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Assevera que a pena-base foi fixada no mínimo legal, mantida no recurso de apelação, sendo consideradas a natureza e quantidade de drogas como "normais à espécie",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo ser aplicada a referida causa de diminuição em seu grau máximo.

Consigna a necessidade de fixação de regime prisional diverso do fechado, pois a pena-base foi fixada no mínimo e invocou-se na sentença a gravidade abstrata do delito praticado.

Invoca o enunciado da súmula n.º 440 desta Corte Superior de Justiça e das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da nulidade da sentença, determinando-se o retorno do processo à primeira instância ou, subsidiariamente, a reforma da dosimetria da pena e a regular fixação de regime diverso do fechado para início de cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida às fls. 83/85.

Foram prestadas informações às fls. 94/115.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela "concessão parcial da ordem, apenas para restabelecer a causa especial de diminuição de pena do tráfico de drogas, mas na fração mínima de 1/6, determinando-se ao juízo da execução que examine a possibilidade de detração, nos termos do art. 387 § 2º do CPP" (fl. 122).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.311 - SP (2015/0126237-7)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 399, § 2º, DO CPP. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE NÃO SE TRATA DE UMA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 132 DO CPC. CONCLUSÃO PELA EXISTÊNCIA DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. . REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718/STF E 719/STF e 440/STJ. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que, não obstante o princípio da identidade física do Juiz, expresso no artigo 399, § 2º, do Estatuto Processual Penal (com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08), determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado. Na espécie, não se desincumbiu a Defesa do ônus de demonstrar que não se trata de uma das exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há como se concluir sobre a existência de nulidade decorrente da violação ao referido princípio.

2. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *writ*.

3. O Tribunal *a quo* concluiu, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescente. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinou elementos concretos para justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda impostas ao paciente, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

No tocante à alegação de nulidade em razão de ofensa ao princípio da identidade física do juiz, cumpre salientar que esta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que, não obstante o princípio da identidade física do Juiz, expresso no artigo 399, § 2º, do Estatuto Processual Penal (com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08), determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, férias, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado. Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E EXTORSÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COLHEITA DA PROVA POR MAGISTRADO DIVERSO. SENTENÇA PROLATADA, EM RAZÃO DE AFASTAMENTO MOTIVADO POR DESIGNAÇÃO PARA OUTRO JUÍZO, PELA SUCESSORA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI Nº 11.690/2008). NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECLUSÃO DA MATÉRIA. OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO LATROCÍNIO PARA O ROUBO. AUSÊNCIA DE ADEÇÃO SUBJETIVA AO RESULTADO MORTE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME DE ESPÉCIES DIFERENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. O princípio da identidade física do juiz coaduna-se com a ideia de concentração de atos processuais. Todavia, as diversas intercorrências que sobrevêm no curso do procedimento, por vezes, fazem com que o deslinde da ação penal não se efetue na audiência una. Desta forma, a fim de resguardar o sistema, é imperiosa aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil, que autoriza, nos casos de afastamento (na espécie, motivado pela designação do magistrado que presidiu a instrução para atuar em outro juízo), que a magistrada substituta/sucessora sentencie a ação penal, a despeito de não ter presidido a instrução.

(...)

8. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 240.390/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 09/06/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. RECLAMO NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO POR ESTE SODALÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

LATROCÍNIO TENTADO (ARTIGO 157, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA PROFERIDA POR JUÍZA DIVERSA DAS QUE PRESIDIRAM A INSTRUÇÃO DO FEITO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA. HIPÓTESE QUE SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAGISTRADOS QUE ATUARAM NA FASE INSTRUTÓRIA DESIGNADOS PARA ATUAR EM OUTRAS VARAS NA DATA EM QUE CONCLUSOS OS AUTOS PARA SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. De acordo com o princípio da identidade física do juiz, que passou a ser aplicado também no âmbito do processo penal após o advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá proferir a sentença no feito, nos termos do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal.

2. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido princípio, nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, por analogia - permitida pelo artigo 3º da Lei Adjetiva Penal -, deverá ser aplicada a regra contida no artigo 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que os autos passarão ao sucessor do magistrado. Doutrina. Precedente.

3. No caso em apreço, afirmou o Tribunal de origem que, à época na qual foi prolatado o édito condenatório, os magistrados responsáveis pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

colheita da prova no curso da instrução criminal se encontravam em uma das aludidas situações excepcionais - designação para atuar em outras varas -, razão pela qual não se vislumbra qualquer mácula na prolação de sentença por Juíza de Direito diversa.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 260.057/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 26/03/2013)

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES EM CONCURSO FORMAL. 1. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POR MAGISTRADO DIVERSO DAQUELE QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JUIZ DESIGNADO PARA ATUAR EM OUTRO JUÍZO. 2. REGIME INICIAL FECHADO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. IMPOSIÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA NA MECÂNICA DELITIVA E NA MAIOR PERICULOSIDADE DO PACIENTE. 3. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei n.º 11.719/2008 se limitou a consignar que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Embora a acolhida pelo sistema processual penal de tal princípio tenha sido medida acertada, pois a coleta pessoal da prova é de grande significado para a formação do convencimento judicial, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o art. 132 do Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal, na forma do permissivo previsto em seu art. 3º, justamente para o fim de dar implemento à celeridade processual trazida para os novos ritos processuais penais.

2. No caso, a Juíza que presidiu a instrução penal foi designada para atuar em outro juízo. Dessa forma, está amplamente justificado o fato de Magistrado diverso daquele que presidiu a instrução criminal ter prolatado a decisão condenatória, nos moldes das excepcionalidades previstas no art. 132 do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal.

(...)

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 141.366/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 17/04/2012)

Na espécie, consoante destacou o Colegiado estadual, "caberia ao apelante demonstrar que, no caso em questão, não está presente nenhuma das exceções ao princípio da identidade física do juiz mencionadas acima" (fl. 65).

Ocorre que, não consta dos autos qualquer informação acerca dos motivos pelos quais o édito condenatório fora prolatado por Juízo diverso daquele que presidiu a instrução do feito, razão pela qual não é possível aferir se a hipótese dos autos não se enquadra em uma das exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, a ensejar a nulidade do decreto condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, trata-se de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal. Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de habeas corpus seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada.

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Tocando à impetrante a incumbência de demonstrar a veracidade de suas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegações, com a insuficiência probatória, a esta recai a desvantagem processual.

Na espécie, não se desincumbiu a Defesa do ônus de demonstrar que não se trata de uma das exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há como se concluir sobre a existência de nulidade decorrente da violação ao princípio da identidade física do juiz. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

NULIDADE DA PRONÚNCIA EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZA DIVERSA DA QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO DO FEITO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE TERIAM SIDO DESRESPEITADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EIVA INEXISTENTE.

1. De acordo com o princípio da identidade física do juiz, que passou a ser aplicado também no âmbito do processo penal após o advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá proferir a sentença no feito, nos termos do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal.

2. Em razão da ausência de outras normas específicas regulamentando o referido princípio, nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, por analogia - permitida pelo artigo 3º da Lei Adjetiva Penal -, deverá ser aplicada a regra contida no artigo 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que os autos passarão ao sucessor do magistrado. Doutrina. Precedente.

3. No caso em apreço, a decisão de pronúncia foi proferida por magistrada distinta da que participou da colheita da prova, não tendo a defesa comprovado que a atuação da togada substituta teria ocorrido em desrespeito às situações excepcionais enumeradas no artigo 132 do Código de Processo Penal, o que impede o reconhecimento da eiva suscitada na impetração.

(...)

(HC 334.304/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 158, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA LEI N.º 11.719/08. DEFESA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR DE QUE FORMA, OU EM QUE PONTO, O POSTULADO FOI OFENDIDO. SUBSTITUIÇÃO DE MAGISTRADOS, NO JUÍZO, QUE DEVE SER TIDA POR VÁLIDA. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. No caso, a sentença condenatória foi prolatada antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/08, que modificou o art. 399, § 2.º, do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal, motivo pelo qual nenhum Magistrado ficou vinculado ao feito, inexistindo violação ao princípio da identidade física do juiz. Precedentes.

2. Ademais, o princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, ex vi do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º do Código de Processo Penal. Dessa forma, tem-se que, nos casos de convocação, licença, promoção, férias, ou outro motivo legal que impeça o Juiz que presidiu a instrução sentenciar o feito, o processo-crime será julgado, validamente, por outro Magistrado. Precedentes.

3. Se a Defesa não demonstrou documentalmente em que ponto, ou de que forma, teria ocorrido ofensa ao postulado da identidade física do Juiz - ônus que lhe competia -, não há como infirmar a validade do fato de a ação penal ter sido julgada por outro Magistrado.

4. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal, sendo insuficiente, para tanto, a referência genérica à condenação criminal.

5. Recurso em habeas corpus desprovido.

(RHC 33.593/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 10/10/2013)

No mais, 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.

In casu, verifica-se que o Tribunal de origem negou a incidência da causa especial de redução de pena à espécie por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente se dedicava às atividades criminosas - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite na via estreita do *writ*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

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.

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

Outrossim, verifica-se que o Tribunal *a quo* concluiu, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminosa teria envolvido adolescente.

Dessarte, não há como proceder ao afastamento causa especial de aumento de pena. Isso porque a aplicação da referida majorante foi devidamente fundamentada, com fulcro nos elementos probatórios intrínsecos aos autos.

Assim, a mim me parece que o objeto do pedido acerca do afastamento da causa de acréscimo de pena constitui matéria de fato, não de direito, visto que a inversão do decidido depende de um exame amplo e profundo do elemento probatório, a fim de se firmar um entendimento diverso do adotado pelo Tribunal *a quo*.

Consideração contrária ao ventilado no acórdão, fora dos aspectos objetivos tratados, acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

DOSIMETRIA. ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR. RECONHECIMENTO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Destacando a Corte impetrada a presença de elementos suficientes e concretos a demonstrar o envolvimento de adolescente na prática dos crimes de tráfico e de associação para o narcotráfico imputado aos pacientes, devidamente justificada a aplicação do previsto no art. 40, VI, da Lei Antitóxicos.

2. Para concluir-se pela ausência de envolvimento de menor nos delitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atribuídos aos condenados, necessário o exame aprofundado do elenco de provas, providência vedada no *habeas corpus*.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

1. Verificando-se que a Corte de origem não apreciou a questão relativa à almejada aplicação da fração máxima da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que sequer foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável o conhecimento da impetração nesse ponto, por incompetência deste STJ para tanto e sob pena de indevida supressão de instância.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 159.043/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 21/11/2012)

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS. DELITO PRATICADO EM LOCAL DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES, COM ENVOLVIMENTO DE MENORES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, INCISO VI. APLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Mostra-se suficientemente fundamentado o acórdão que estabelece a pena-base acima do mínimo legal com supedâneo na quantidade de drogas apreendidas - acondicionadas em mais de uma centena de porções - nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

II. Se o Tribunal a quo reconheceu o envolvimento da paciente com a atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante, e que a quantidade de droga apreendida afasta a possibilidade da benesse ora pleiteada, mostra-se inviável a aplicação da causa de diminuição de pena delineada no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos no presente caso.

III. Embora não haja prova nos autos, o acórdão recorrido menciona expressamente a idade das menores envolvidas, de quinze e dezesseis anos de idade, além de relatar que foi aplicado a ambas medida socioeducativa de liberdade assistida, restando indiscutível sua menoridade penal.

IV. A desconstituição da decisão, em relação à menoridade das envolvidas, dependeria de aprofundado reexame do contexto fático-probatório dos autos, vedado em sede de *habeas corpus*.

V. Não se verifica constrangimento ilegal na aplicação da causa de aumento de pena do art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/2 (um meio) se evidenciada a utilização de duas adolescentes como instrumento para livrar-se da sanção penal.

VI. Ordem denegada.

(HC 170.118/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, impende destacar que o art. 33 do Código Penal determina:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

(...)

O art. 59 do Código Penal, por sua vez, dispõe:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

(...)

Na hipótese vertente, constata-se que o Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinou elementos concretos para justificar a eleição do referido regime, em manifesto desrespeito ao princípio da individualização da pena e às normas do Código Penal que regem a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena - art. 33 e parágrafos e art. 59.

Com efeito, ao fixar o regime mais gravoso, a Corte de origem limitou-se a destacar a gravidade abstrata do delito de tráfico, salientando que "todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade" (fl. 73). Dessarte, verifica-se a patente ausência de fundamentação para a fixação do regime inicial fechado.

Ora, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, inciso IX, estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse diapasão, é manso e pacífico na doutrina e jurisprudência pátrias que, no processo de fixação do regime de cumprimento de pena, é imprescindível, após a minuciosa análise dos fatos da causa, a adequada e pormenorizada fundamentação, com base em dados concretos, sendo ilegal o *decisum* que deixa de motivar o regime imposto, com evidente prejuízo para o réu, como ocorreu no caso *sub judice*.

Ademais, causa espécie fixar-se a pena-base no mínimo legal e, posteriormente, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesta senda, confirmam-se os enunciados das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal:

Enunciado n.º 718: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

Enunciado n.º 719: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Outro não é o teor da Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Dessarte, tendo em vista que a Corte bandeirante deixou de demonstrar, com arrimo em elementos concretos constantes dos autos, que o regime imposto seria necessário e suficiente à prevenção e repressão do delito praticado pelo paciente, a não individualização da pena, *per se*, eiva o édito condenatório de flagrante ilegalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO ESTABELECIDO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO CONTIDO NO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL E ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 440 DESTES TRIBUNAL SUPERIOR E DAS SÚMULAS N.º 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a Paciente foi condenada, em primeira instância, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incursa no art. 33, caput, e no art.

40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 120



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gramas de "maconha", 26,6 gramas de "cocaína" e 44 pedras de crack, sendo que a apelação defensiva foi parcialmente provida, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

2. No tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Plenário da Suprema Corte, nos autos do HC 97.256/RS, julgou inconstitucional a vedação contida no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em exame, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando, sobretudo, a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas.

4. No caso, o Tribunal Impetrado não apresentou fundamentos suficientes para justificar o estabelecimento do regime inicial semiaberto, violando o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Isso porque fixou o regime prisional com base apenas na quantidade de pena já cumprida pela Paciente, olvidando-se dos demais requisitos legais.

5. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior, deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, bem como o entendimento firmado na Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

6. Na hipótese, considerando a pena aplicada à Paciente e o tempo que permaneceu custodiada - quase 6 (seis) meses -, bem como sua primariedade e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal e do preceituado no art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

(HC 265.367/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. (2) PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DE ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DESTA CORTE. (3) CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06). TEMA NÃO SUSCITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (4) REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT CONHECIDO EM PARTE. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É assente nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a fixação da pena privativa de liberdade no seu mínimo, impede seja considerado qualquer efeito jurídico resultante da incidência de atenuante para autorizar sua diminuição aquém daquele patamar. Enunciado n.º 231 da súmula desta Corte Superior de Justiça.

3. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não suscitado e, portanto, enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, não foi aventada a tese, ora defendida, no tocante à aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.

4. Há constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Habeas corpus julgado prejudicado no tocante à paciente Vânia Cecília Rodrigues e no mais não conhecido Ordem concedida de ofício, com relação à paciente Claudeni Galindo, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta à paciente nos autos da ação penal controle n.º 93/2004, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, mantida a liminar deferida.

(HC 175.150/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, uma vez que não foi devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0126237-7

HC 325.311 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00849229820118260224 849229820118260224

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JUNIOR TADEU DOS SANTOS OLIVEIRA

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

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.