



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.789 - MS (2013/0296575-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO
ADVOGADO : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SILVIO RODRIGUES BORGES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) PROGRESSÃO DE REGIME. PARÂMETROS. DELITOS PERMANENTES. CESSAÇÃO APÓS A LEI 11.464/2007. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 recurso especial.

2. No caso dos autos, a aplicação da Lei n.º 11.343/06, ainda que mais gravosa, mostra-se adequada, já que evidenciado, nos autos, que sua participação no tráfico ilícito de entorpecentes estendeu-se mesmo após o advento da novel legislação de tóxicos. Tal assertiva não pode ser desconstituída no seio do remédio heróico sem aprofundamento da prova.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília, 20 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.789 - MS (2013/0296575-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO
ADVOGADO : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SILVIO RODRIGUES BORGES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SILVIO RODRIGUES BORGES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Agravamento em Execução n.º 0002558-80.2010.8.12.0002).

Narra a impetração que o paciente foi condenado por tráfico de drogas e, inicialmente, constava no cálculo da pena o parâmetro de 3/5 (três quintos) para a progressão de regime.

Informa que a defesa peticionou ao Juiz esclarecendo que a data do crime (18.3.2007) é anterior à vigência da Lei n.º 11.464/07 (29.3.2007). Assim, o magistrado retificou o cálculo de pena, passando a constar no cálculo da pena o patamar de 1/6 (um sexto).

Contudo, o Ministério Público interpôs agravo em execução, o qual foi provido para restabelecer o percentual de 3/5 (três quintos). Eis o teor do acórdão (fls. 100/105):

O agravante (MPE) alegou que a conduta delituosa atribuída ao agravado (tráfico de drogas) iniciou-se em 18 de março de 2007 e prolongou-se até 23 de abril de 2007, quando já estava em vigor a Lei 11.464/2007, de 28 de março de 2007. Sustentou que o crime de tráfico de drogas classifica-se como crime permanente, de modo que se sujeita à lei penal mais grave, se o início da vigência desta é anterior à cessação da permanência criminosa. Reiterou que a cessação da conduta criminosa do agravado ocorreu em 23 de abril de 2007, após a entrada em vigor da Lei 11.464/2007, que definiu novos parâmetros para a progressão do regime prisional aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico de drogas. Sustentou, assim, que ao agravado, por ser reincidente, deve ser aplicado o parâmetro de 3/5 (três quintos) para fins de progressão de regime.

O agravado, por sua vez, afirmou que o seu envolvimento no crime em que foi condenado se estendeu, apenas, até o dia 25 de março de 2007, não havendo provas de que praticou o delito após a vigência da Lei 11.464/2007.

O juiz da execução penal afirmou que "o crime que ensejou a condenação do reeducando ocorreu, inequivocadamente, no dia 18.03.2007". Nesse sentido é a página 215 dos autos originais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem. Analisando os documentos trazidos pelo agravado, constata-se que na fundamentação da sentença condenatória ficou estabelecido que as provas foram robustas e permitiram a condenação do agravado, o qual no ano de 2007 financiava a prática do crime de tráfico de drogas, dirigia a conduta de comparsas, negociava a compra e venda de entorpecentes, participava do transporte de drogas para outro Estado da Federação (São Paulo), além de ter contribuído e adquirido a droga apreendida com José Rubens dos Santos (fl. 41). Também constou na fundamentação da sentença, de forma expressa, que o agravado "é fornecedor de drogas, como pode ser observado na ligação de índice 988256 na data de 3 de abril de 2007, onde em uma conferência telefônica com dois presos de São Paulo, 'BABU' e 'DJANGO', avisa que vai mandar uma quantidade de droga para ele, e é para avisar a pessoa que irá recepcionar a droga que logo a mercadoria chegará." (fl. 39).

Portanto, basta uma simples leitura da sentença para constatar o equívoco cometido pelo juiz da execução penal. Na realidade, o crime praticado pelo agravado e que redundou na sua condenação não se tratou de um ato único realizado em apenas um dia, mas sim de diversos atos que se prolongaram durante o ano de 2007, principalmente entre os meses de março e abril de 2007.

A questão é que não está correta a afirmação de que o crime realizado pelo agravado se limitou a um único dia ou não se estendeu para período posterior à entrada em vigor da Lei 11.464/2007. E chega-se a essa conclusão a partir de um elemento concreto mencionado expressamente na sentença. Trata-se da indicação de que no dia 3 de abril de 2007, ou seja, já durante a vigência Lei 11.464/2007, que entrou em vigor em 29 de março de 2007, o agravado teve uma ligação telefônica interceptada, na qual ele foi flagrado em uma conferência com 2 (dois) presos de São Paulo, avisando que enviaria uma determinada quantidade de drogas e que era necessário comunicar a pessoa que iria recepcionar a droga.

Através desse elemento, constata-se que no dia 3 de abril de 2007 o agravado ainda estava praticando o crime de tráfico de drogas e essa prática foi considerada como um dos elementos essenciais para fundamentar a sua condenação. Portanto, percebe-se que na sentença foi levado em consideração um fato ocorrido já durante a vigência da Lei 11.464/2007 para justificar a condenação do agravado, circunstância que torna evidente que a sua prática criminoso somente foi cessada quando essa norma já estava em vigor e surtindo plenos efeitos.

Como se sabe, tráfico de drogas é delito de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, de maneira que a norma penal que entra em vigor durante o período de permanência, ainda que mais prejudicial que aquela vigente em momento anterior, aplica-se ao respectivo fato criminoso. Nesse sentido é o enunciado de n.º 711 do STF: "A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência."

Assim, se na sentença foi considerado que o agravado ainda estava realizando a prática criminoso no dia 3 de abril de 2007, e esse fato serviu como um dos principais fundamentos para justificar a sua condenação, é evidente que o crime pelo qual o agravado foi condenado não foi realizado exclusivamente no dia 18 de março de 2007, até porque se trata de crime permanente, cuja conduta se propaga no tempo, mas sim por longo período de tempo, tendo cessado, sem dúvida alguma, somente quando já estava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em vigor a Lei n.º 11.464/2007, a qual definiu que a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes hediondos ou assemelhados, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Em consequência, o agravado deve ficar sujeito aos novos parâmetros de progressão de regime definidos pela Lei 11.464/2007.

Irresignada, a defesa manejou recurso especial, que não foi admitido (fls. 108/110).

No presente *writ*, alega o impetrante, inicialmente, não existir outro meio jurídico capaz de combater a patente violação dos direitos do paciente.

Esclarece que a discussão cinge-se à data do crime, se anterior ou posterior à Lei n.º 11.464/07, que entrou em vigor em 29.3.2007.

Assere que, da análise da denúncia e da sentença, não há qualquer relato do envolvimento do paciente após a entrada em vigor da mencionada lei.

Alega que, na sentença, apenas foi demonstrada a materialidade do crime cometido no dia 17.3.2007, porque o paciente era proprietário da droga apreendida em Santa Cruz do Rio Pardo, em poder de José Rubens dos Santos.

Aduz que o tribunal de origem fundamentou sua decisão em uma escuta telefônica do dia 3.4.2007, na qual o paciente conversava com duas pessoas e dizia-lhes que enviaria uma quantidade de drogas para dois presidiários.

Argumenta que não configura crime realizar ligações dizendo que enviará a droga e que "o crime se dá quando a droga é efetivamente enviada, e não houve prova nenhuma nesse sentido".

Defende que, por mais que existam escutas telefônicas em datas posteriores à entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, em nenhum momento foi demonstrada a materialidade do crime de tráfico.

Conclui que só existe materialidade quanto ao crime de tráfico cometido anteriormente à Lei n.º 11.464/07 e, portanto, o paciente faz jus à progressão após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Requer, inclusive liminarmente, a aplicação do patamar de 1/6 (um sexto) para a progressão de regime.

Indeferida a liminar (fls. 120 a 123) e solicitadas informações, estas foram juntadas aos autos às fls. 127 a 138 e 140 a 151.

O Ministério Público Federal, às fls. 154 a 158, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.789 - MS (2013/0296575-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) PROGRESSÃO DE REGIME. PARÂMETROS. DELITOS PERMANENTES. CESSAÇÃO APÓS A LEI 11.464/2007. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 recurso especial.

2. No caso dos autos, a aplicação da Lei n.º 11.343/06, ainda que mais gravosa, mostra-se adequada, já que evidenciado, nos autos, que sua participação no tráfico ilícito de entorpecentes estendeu-se mesmo após o advento da novel legislação de tóxicos. Tal assertiva não pode ser desconstituída no seio do remédio heróico sem aprofundamento da prova.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Em um primeiro momento, 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 – 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 contra decisão de inadmissão do REsp 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção do paciente.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Não há como prosperar a irresignação.

Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, os delitos de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes ostentam natureza permanente.

A propósito, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. LEI N.º 11.464/07. LAPSOS TEMPORAIS MAIS GRAVOSOS. *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*. IRRETROATIVIDADE. HIPÓTESE DE CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRATICADO SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. LEI PENAL NO TEMPO. CRIME PERMANENTE. PERMANÊNCIA CESSADA APÓS ENTRADA EM VIGOR DA NOVEL LEGISLAÇÃO DE TÓXICOS E DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.464/07. APLICABILIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte já havia firmado entendimento no sentido de considerar inconstitucional a vedação ao cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, nos termos do posicionamento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 82.959/SP.

2. A Lei n.º 11.464/07, apesar de banir expressamente aludida vedação, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos para os condenados pela prática de crimes hediondos alcançarem a progressão de regime prisional, constituindo-se, neste ponto, verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja retroatividade é vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal, aplicáveis, portanto, apenas aos crimes praticados após a vigência da novel legislação, ou seja, 29 de março de 2007.

3. Os delitos de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes ostentam natureza permanente, e, por consectário, a aplicação da Lei 11.343/06, mesmo quando mais gravosa ao réu, mostra-se adequada, já que a atividade executória prolongou-se no tempo até a entrada em vigor da novel de legislação de drogas (Precedente). A consumação do delito de tráfico que se protraí no tempo, nada importando que a consumação tenha se iniciado sob a vigência da lei anterior, devendo o fato ser regido pela lei em vigor no momento em que cessou a permanência (Súmula/STF n.º 711).

4. Hipótese de crime praticado em 9 de maio de 2007, portanto, sob a vigência da nova Lei.

5. Ordem denegada.

(HC 218.946/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 08/02/2012)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DELITO PERMANENTE. ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL.

I - Na espécie dos autos, não se verifica qualquer mácula na realização da prisão em flagrante da recorrente, uma vez que teria sido detida após a verificação por intermédio de exame médico de que portava substância entorpecente no interior do seu aparelho digestivo.

II - Ademais, o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente previsto é crime de natureza permanente, cuja a ação se prolonga no tempo, de forma que enquanto não cessada a permanência haverá o estado de flagrância (Precedentes).

III - O inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário para a propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a *opinio delicti* de seu titular (Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso). Recurso desprovido.

(RHC 27.031/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 07/06/2010)

De fato, a consumação dos delitos protraí-se no tempo, nada importando que a consumação tenha se iniciado sob a vigência da lei anterior, devendo o fato ser regido pela lei em vigor no momento em que cessou a permanência.

Eis o teor do verbete sumular n.º 711 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou permanência.

Feitas essas considerações, passo à análise do caso concreto.

A sentença condenatória concluiu, a partir da análise das provas constantes dos autos, que o paciente ocupava posição de destaque na organização criminosa destinada ao tráfico ilícito de entorpecentes. Destacou sua participação ativa nas atividades de tráfico, conforme se depreende dos seguintes trechos:

Depreende-se das degravações que o co-réu Sílvio Rodrigues Borges comprava drogas para ser comercializada e também coordenava a atividade criminosa, através de contatos com os demais integrantes da quadrilha. (fl. 50 da sentença)

Desse modo, as provas, ao contrário do que afirma a defesa, são robustas e permitem a condenação de Sílvio Rodrigues Borges, por financiar, dirigir a conduta dos demais, negociar a compra e venda de entorpecentes e auxiliar no tráfico no ano de 2007 com destino a outro Estado de Federação, São Paulo. Também se provou sua participação no transporte da droga em Santa Cruz do Rio Pardo-SP, pois efetivamente era



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proprietário dessa droga conforme se verifica das degravações telefônicas, assim, como contribuiu e adquiriu a droga apreendida com José Rubens dos Santos, cerca de 19,655 kg de cocaína, também deve ser condenado por tráfico de entorpecentes nos moldes do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. (fl. 52)

O acórdão ora impugnado, ademais, destacou um dos fatos imputados ao ora paciente, ocorrido em 3.4.2007, quando já em vigor a Lei n.º 11.464/07. Extraio, por oportuno, o seguinte trecho do aresto:

Através desse elemento, constata-se que no dia 3 de abril de 2007 o agravado ainda estava praticando o crime de tráfico de drogas e essa prática foi considerada como um dos elementos essenciais para fundamentar a sua condenação. Portanto, percebe-se que na sentença foi levado em consideração um fato ocorrido já durante a vigência da Lei 11.464/2007 para justificar a condenação do agravado, circunstância que torna evidente que a sua prática criminosa somente foi cessada quando essa norma já estava em vigor e surtindo plenos efeitos.

A aplicação da Lei n.º 11.343/06, portanto, ainda que mais gravosa, mostra-se adequada, já que evidenciado, nos autos, que sua participação no tráfico ilícito de entorpecentes estendeu-se mesmo após o advento da novel legislação de tóxicos.

Destarte, não há como acolher o pedido sem proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que se afigura inviável na via estrita do *habeas corpus*.

Ante o exposto, não conheço do *writ*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0296575-4

HC 276.789 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025588020108120002 004070031928 25588020108120002 4070031928

EM MESA

JULGADO: 20/11/2014

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. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO
ADVOGADO	: JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: SILVIO RODRIGUES BORGES (PRESO)
CORRÉU	: ERCÍLIO PROENÇA FERREIRA
CORRÉU	: JEAN MARCELO MACHADO ESTEVÃO
CORRÉU	: EDEMILSON JESUS MACHADO DE MIRANDA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Progressão de Regime - Crimes Hediondos

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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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