



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.851 - SP (2013/0204372-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUÍS ANTÔNIO GIL E OUTRO
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGÉRIO MEDEIROS DOS SANTOS

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO PARALELA À INTERPOSIÇÃO DE RESP. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NÃO-INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO: VULTOSA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Não é viável o emprego do *habeas corpus* paralelamente à interposição do recurso especial, num cenário em que se pretende ver prestigiada a garantia constitucional como remédio tendente à salvaguarda do sagrado direito de liberdade, ao tempo em que se busca enaltecer a lógica do sistema recursal posto.

2. Inexiste ilegalidade flagrante a justificar o conhecimento da ordem quando, para afastar a incidência do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, serve-se da vultosa quantidade de droga apreendida. As peculiaridades acerca de a quem pertenceria esta ou aquela parcela dos entorpecentes apreendidos, no contexto de imputação na forma de concurso de agentes, não é viável na estreita via eleita, ainda mais quando se deixa de bem aparelhar a impetração com a cópia da denúncia. Trata-se, pois, 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 preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

3. Ordem não conhecida.

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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Assusete Magalhães e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).

Brasília, 03 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.851 - SP (2013/0204372-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUÍS ANTÔNIO GIL E OUTRO
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGÉRIO MEDEIROS DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, paralelo à interposição de recurso especial, impetrado em favor de ROGÉRIO MEDEIROS DOS SANTOS, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que, dando provimento a apelação ministerial, reformou a sentença condenatória, afastando a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 - AP 00166912720108260071.

Ressuma dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. O crime de tráfico de drogas foi perpetrado em concurso de agentes. O paciente e a corré foram processados e condenados porque, segundo a sentença:

ROGÉRIO MEDEIROS DOS ANTOS e JESSICA NEVES REGO foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e Jéssica por este e pelo crime previsto no artigo 16, IV, da Lei 10.826/03 porque, no dia 03 de maio de 2010, por volta das 15h00min, na Rua Colômbia, nº 6-60, Jardim Terra Branca, nesta cidade e comarca, Rogério trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 37,4g (trinta e sete gramas e quatro decigramas) de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Na mesma data, horário e local supra descritos, Jéssica guardava, para posterior entrega a terceiros, 83,374kg (oitenta e três quilos, trezentos e setenta e quatro gramas) de maconha, sem autorização legal ou regulamentar.

(...)

O réu Rogério confessou, nas suas declarações, no interrogatóriom no auto de prisão, a prática dos fatos narrados na denúncia, e disse que, no dia dos fatos, havia deixado o *crack* na casa de Jéssica para que ela o guardasse, e que na saída foi abordada pelos policiais que fizeram a apreensão da droga. Confessou que pretendia vendê-la perto de sua casa. (...) Os policiais Noel e Fabiano confirmaram que tinham informações de que no local havia uma movimentação suspeita característica do tráfico, por isso foram para lá e fizeram observações, tendo surpreendido os réus saindo. Robério foi abordado e com ele foi apreendido uma sacola que continha em seu interior 100 pedras de *crack*. Ele disse que tinha deixado a droga guardada com Jéssica e que passou para pegá-la. Jéssica confirmou que guardava a droga para Rogério mediante pagamento e que tinha em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casa a maconha e duas armas que guardava para terceira pessoa. (...) Rogério é primário e não registra antecedentes, não integra facção criminosa e nem tem vida dedicada ao crime. A pena final é de 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa. A pena será cumprida inicialmente em regime fechado. É vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos termos do parágrafo 4.º do artigo 33 da Lei 11.343/06.(fls. 58-60)

Em razão de recurso ministerial, a pena do paciente foi revista, sendo afastada a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, alcançando-se cinco anos de reclusão, mais quinhentos dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Extrai-se do aresto guerreado, no que interessa:

Por outro lado, deve ser afastada a benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas em relação aos dois réus.

Com efeito, embora sejam primários e não registrem antecedentes, mostraram comportamentos voltados ao delito, não sendo recomendável a adoção dessa medida, aliás, de caráter facultativo, uma vez que a norma legal dispõe que "as penas poderão ser reduzidas". Assim, fica ao prudente arbítrio do julgador essa análise no caso concreto. Observo que, o traficante, de grande ou pequeno porte, é um dos responsáveis direto pela onde de violência que avassala o país. A insuficiência da substituição para a repressão e prevenção do tráfico ilícito de entorpecente é patente de maneira que, frise-se, neste caso, a conduta dos réus não se amolda no mencionado artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando a grande quantidade de drogas apreendidas com ambos e em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Assim, passo a retificar as reprimendas impostas para o tráfico.

- Para Rogério, seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, tornada definitiva à míngua de 500 dias-multa, tornada definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras. (fls. 11-12).

Destaca que o paciente já se encontra em liberdade há um ano e oito meses, tendo, inclusive, em execução provisória, alcançado o livramento condicional. Indica que o aresto hostilizado representa uma quebra no ideal de ressocialização.

Alega que não militam em desfavor do paciente quaisquer das disposições impeditivas do § 4.º do artigo 33 da Lei de Drogas, porquanto não ostenta antecedentes.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão atacado. No mérito, pede o restabelecimento da incidência do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Tendo, inicialmente, negado seguimento ao *mandamus*, reconsiderarei a decisão de fls. 35-36, e, às fls. 47-48, indeferi o pleito liminar.

As informações foram prestadas às fls. 56-75 e 78-80.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 83-86, da lavra do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Subprocurador-Geral da República Francisco de A. V. Sanseverino, opinando pelo não conhecimento da ordem.

Segundo as últimas informações, encontra-se em processamento recurso especial interposto pela Defesa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.851 - SP (2013/0204372-0)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO PARALELA À INTERPOSIÇÃO DE RESP. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NÃO-INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO: VULTOSA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Não é viável o emprego do *habeas corpus* paralelamente à interposição do recurso especial, num cenário em que se pretende ver prestigiada a garantia constitucional como remédio tendente à salvaguarda do sagrado direito de liberdade, ao tempo em que se busca enaltecer a lógica do sistema recursal posto.

2. Inexiste ilegalidade flagrante a justificar o conhecimento da ordem quando, para afastar a incidência do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, serve-se da vultosa quantidade de droga apreendida. As peculiaridades acerca de a quem pertenceria esta ou aquela parcela dos entorpecentes apreendidos, no contexto de imputação na forma de concurso de agentes, não é viável na estreita via eleita, ainda mais quando se deixa de bem aparelhar a impetração com a cópia da denúncia. Trata-se, pois, 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 preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

3. Ordem não conhecida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Tendo sido impetrado *habeas corpus* paralelamente à interposição de recurso especial, tem-se por patente a impropriedade da via eleita, num cenário em que se pretende ver prestigiada a garantia constitucional como remédio tendente à salvaguarda do sagrado direito de liberdade, ao tempo em que se busca enaltecer a lógica do sistema recursal posto.

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

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso ministerial, afastou a incidência do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, ao argumento da existência de expressiva droga apreendida.

Não é demais lembrar que, recentemente, a Segunda Turma do Pretório Excelso, provocada pelo insigne Ministro Teori Zavascki resolveu afetar o tema para o deslinde no seio do Plenário do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o objetivo de unificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicação de dispositivo da Lei de Drogas, a Segunda Turma resolveu submeter ao Plenário da Corte o julgamento dos Habeas Corpus (HCs) 109193 e 112776, ambos relatados pelo ministro Teori Zavascki. Nos dois casos se discute qual momento da quantidade e natureza da droga apreendida em poder de réu deve ser levada em consideração na fixação da pena a ser imposta: se na primeira fase da dosimetria da pena, em que é fixada a pena-base, ou na terceira, em que se avaliam as causas de aumento e diminuição da pena.

(...)

Primeira fase

O ministro Teori Zavascki lembrou que a jurisprudência firmada pela Segunda Turma, em função do artigo 42 da Lei de Drogas, tem admitido a utilização da quantidade e natureza da droga somente na fixação da pena-base (primeira fase da dosimetria da pena), com isso impedindo que elas sejam motivo para redução da pena, com base nos critérios de redução previstos na Lei de Drogas. Entretanto, a Primeira Turma vem admitindo que esses fatores sejam utilizados tanto na primeira quanto na terceira fases.

O ministro Ricardo Lewandowski observou que aproximadamente 80% dos processos julgados pela Segunda Turma envolvem crimes de tráfico de drogas. Daí, segundo a ministra Cármen Lúcia, a importância da questão para todo o país, até porque os julgados do STF são parâmetro para juízes das demais instâncias. Por isso, a fim de que seja unificada a jurisprudência sobre a questão, ela sugeriu que os dois processos sejam afetados ao Plenário. A sugestão foi acolhida pela unanimidade dos ministros presentes à sessão do colegiado. (Notícia publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, em 15 de novembro de 2013).

De qualquer forma, o caso em foco sequer poderia ser tachado de eventual *bis in idem*, porquanto a pena-base foi fixada no mínimo legal, cinco anos de reclusão. Portanto, a utilização do vultoso montante de entorpecente apreendido, para negar a aplicação da minorante, não se mostrou desligada dos critérios de legalidade. Não há, pois, mácula ao constitucional princípio da individualização da pena.

Ao que se percebe da persecução em foco, os pacientes foram denunciados em concurso de agentes, pela prática do crime de tráfico de drogas. Ambos se serviam do mesmo lugar para a prática delitiva. O paciente foi flagrado portando 37,4g (trinta e sete gramas e quatro decigramas) de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ademais, na casa da corré, havia 83,374kg (oitenta e três quilos, trezentos e setenta e quatro gramas) de maconha, sem autorização legal ou regulamentar.

Desta forma, tenho como viável qualquer reparo no aresto guerreado, dado que em sintonia com a jurisprudência desta Corte, que não apura constrangimento ilegal em hipóteses como a retratada nos autos, com a negativo do redutor, dada a expressiva quantidade de droga apreendida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em casos tais, eis compreensão deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA A DETERMINAÇÃO DO NOVO REGIME PRISIONAL. ART. 111 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, destacou o Tribunal de origem que a quantidade da droga apreendida - 6 g (seis gramas) de maconha e 724 g (setecentos e vinte e quatro gramas) de cocaína -, evidenciam o seu grau envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

3. Inaplicável a minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006 quando, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas indicam o não preenchimento dos requisitos legais.

4. O Paciente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por não preencher o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. A determinação do regime prisional, na hipótese, tendo em vista que o Paciente aparentemente cumpre pena por outra condenação, compete ao Juízo da Execução Penal, em razão do que preceitua o art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda ao exame do regime prisional adequado à espécie.

(HC 200.122/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

USO PERMITIDO. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (367,4G DE MACONHA E 194,4G DE COCAÍNA). ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INVIABILIDADE DO REGIME ABERTO E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ABOLITIO CRIMINIS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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.

- O Tribunal a quo aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza e a expressiva quantidade de droga apreendida (367,4g de maconha e 194,4g de cocaína).

- O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da mesma lei. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14.6.2013).

- Estando devidamente fundamentado o quantum de redução da pena, é inviável, em sede de habeas corpus, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012.

- Mantida a condenação em 9 (nove) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, não há falar em aplicação do regime aberto nem em substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

- A tese de abolitio criminis do delito de posse de munição de arma de fogo de uso permitido não foi apresentada nas razões da apelação, razão pela qual o Tribunal a quo não a apreciou. Dessa forma, é inviável a análise, diretamente por esta Corte, da referida matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente: HC 252.650/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 19.3.2013.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 192.444/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

Não destoando, eis os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Tráfico de entorpecentes (11 pedras de “crack”), com o envolvimento de adolescente. 2. A jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consolidou-se no sentido de admitir que a natureza e a quantidade de droga apreendida sejam utilizadas tanto na primeira fase de dosimetria quanto na graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes. 3. Habeas Corpus extinto por inadequação da via processual.

(HC 111485, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 17-10-2013 PUBLIC 18-10-2013)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Tráfico de entorpecentes (11 pedras de “crack”), com o envolvimento de adolescente. 2. A jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de admitir que a natureza e a quantidade de droga apreendida sejam utilizadas tanto na primeira fase de dosimetria quanto na graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes. 3. Habeas Corpus extinto por inadequação da via processual.

(HC 111485, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 17-10-2013 PUBLIC 18-10-2013)

Eventual juízo acerca das particularidade fáticas, por exemplo a quem pertenceria esta ou aquela parcela da droga apreendida, além de não ser viável no seio do *habeas corpus*, restou inviabilizada, em larga medida, pois a impetração não se fez acompanhar de cópia da denúncia.

Trata-se, pois, 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 preconstituída 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Nesse cenário, não desponta patente ilegalidade a ensejar a extraordinária cognição do presente *writ*.

Ante o exposto, não conheço da ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0204372-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.851 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00166912720108270071 166912720108270071 20130000273302 955968

EM MESA

JULGADO: 03/12/2013

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. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUÍS ANTÔNIO GIL E OUTRO
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGÉRIO MEDEIROS DOS SANTOS

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Assusete Magalhães e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).