



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.833 - SP (2010/0036132-2)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : KELE REGINA DE SOUZA FAGUNDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ EDUARDO PECCORA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : ROGÉRIO EDSON DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FABRICAÇÃO DE DROGAS. GUARDA DE PETRECHOS PARA FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DAS ALEGAÇÕES. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se conhece de *habeas corpus* cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância, especialmente em vista das peculiaridades e da complexidade das teses aventadas, bem ainda da ausência de demonstração, de plano, do apontado constrangimento ilegal.

2. Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso de apelação criminal.

3. Não obstante, apesar de reconhecido o lapso de tempo transcorrido, não se pode falar em soltura dos pacientes, autuados em flagrante delito em março de 2007, pela apreensão de mais de 250 quilos de cocaína e condenados nas sanções do art. 33, *caput*, art. 33, § 1º, I, art. 34, *caput*, e art. 35, *caput*, todos da Lei nº 11.343/06, seja em função da presença dos fundamentos da prisão processual, seja em decorrência da vedação expressa trazida pelo art. 44 da Lei de Drogas, que impossibilita a liberdade provisória aos agentes flagrados no cometimento de tal ilícito. Ademais, considerando o *quantum* das sanções aplicado na sentença condenatória, o prazo para o julgamento da apelação criminal não se mostra desarrazoado ou desproporcional, a ponto de possibilitar o relaxamento das prisões, mormente porque sequer ultrapassado prazo objetivo para eventual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

progressão de regime.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do pedido e em conceder Habeas Corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 15 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.833 - SP (2010/0036132-2)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : KELE REGINA DE SOUZA FAGUNDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ EDUARDO PECCORA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : ROGÉRIO EDSON DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ROGÉRIO EDSON DA SILVA e JOSÉ EDUARDO PECCORA DE OLIVEIRA contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que os pacientes foram condenados no art. 33, *caput*, art. 33, § 1º, I, art. 34, *caput*, e art. 35, *caput*, todos da Lei nº 11.343/06, a 19 (dezenove) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 3.480 (três mil, quatrocentos e oitenta) dias-multa e a 24 (vinte e quatro) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 4.512 (quatro mil, quinhentos e doze) dias-multa, respectivamente.

Inconformada, a Defesa impetrou os *habeas corpus* nºs 990.09.222.371-2 e 990.09.291651-3 perante o Tribunal de Justiça estadual, alegando, em ambos, erro na dosimetria da pena, e no segundo, pleiteando o desmembramento do feito em relação a um dos corréus, declaração da nulidade da sentença por cerceamento de defesa decorrente da falta de acesso dos pacientes ao conteúdo das transcrições das interceptações telefônicas e a ausência de sua oitiva após a colheita de provas, bem como carência de fundamentação na sentença.

O Tribunal *a quo* denegou o primeiro *writ*, e, do segundo, conheceu parcialmente, julgando-o prejudicado na parte conhecida.

Além disso, a Defesa interpôs recurso de apelação criminal que recebeu o nº 990.09.164131-6.

No presente *writ*, sustenta a impetrante que os pacientes encontram-se presos há mais de 3 anos, por sentença condenatória nula e excessivamente sem previsão do direito de reexame da matéria.

Alega que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem o devido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento, o que caracterizaria um excesso de execução.

Afirma, também, que devem ser observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e consunção na aplicação do concurso material de crimes.

Aduz que quem fabrica a droga o faz com a intenção de vender, de forma que o comércio por parte de quem fabrica seria mero exaurimento, um *post factum* não punível do art. 34, determinando, portanto, a conduta do *caput* do art. 33 que lhe foi imputado.

Além disso, os produtos químicos utilizados na fabricação de drogas, que tinha em depósito, que lhe imputaram a conduta tipificada no art. 33, § 1º, seriam um *ante factum* não punível, devendo as penas dos artigos 33, *caput*, e 34 da Lei nº 11.343/06, ser absorvidas pelo art. 33, § 1º, I, da aludida lei.

Postula, assim, a declaração de nulidade da sentença pelo desrespeito ao princípio da legalidade, falta de motivação e cerceamento de defesa, com o consequente relaxamento da prisão dos pacientes por excesso de prazo na formação da culpa.

Subsidiariamente, pleiteia a diminuição das penas-base e o afastamento das penas dos arts. 33, *caput*, e 34, do apontado diploma legal, aplicando-se o princípio da consunção.

O Exmo. Sr. Desembargador Convocado Haroldo Rodrigues, Relator originário, indeferiu a liminar e os pedidos de reconsideração do indeferimento liminar. (e-STJ fls. 97/98, 370 e 416).

As informações solicitadas foram prestadas pelos documentos de e-STJ fls. 238/332.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial e, nesta parte, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 335/340).

Vieram-me os autos redistribuídos em 19/12/11, em razão da prevenção ocasionada pela anterior distribuição do HC nº 172.905/SP.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.833 - SP (2010/0036132-2)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : KELE REGINA DE SOUZA FAGUNDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ EDUARDO PECCORA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : ROGÉRIO EDSON DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FABRICAÇÃO DE DROGAS. GUARDA DE PETRECHOS PARA FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DAS ALEGAÇÕES. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se conhece de *habeas corpus* cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância, especialmente em vista das peculiaridades e da complexidade das teses aventadas, bem ainda da ausência de demonstração, de plano, do apontado constrangimento ilegal.

2. Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso de apelação criminal.

3. Não obstante, apesar de reconhecido o lapso de tempo transcorrido, não se pode falar em soltura dos pacientes, autuados em flagrante delito em março de 2007, pela apreensão de mais de 250 quilos de cocaína e condenados nas sanções do art. 33, *caput*, art. 33, § 1º, I, art. 34, *caput*, e art. 35, *caput*, todos da Lei nº 11.343/06, seja em função da presença dos fundamentos da prisão processual, seja em decorrência da vedação expressa trazida pelo art. 44 da Lei de Drogas, que impossibilita a liberdade provisória aos agentes flagrados no cometimento de tal ilícito. Ademais, considerando o *quantum* das sanções aplicado na sentença condenatória, o prazo para o julgamento da apelação criminal não se mostra desarrazoado ou desproporcional, a ponto de possibilitar o relaxamento das prisões, mormente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque sequer ultrapassado prazo objetivo para eventual progressão de regime.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.833 - SP (2010/0036132-2)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : KELE REGINA DE SOUZA FAGUNDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ EDUARDO PECCORA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : ROGÉRIO EDSON DA SILVA (PRESO)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (RELATOR):

Conforme relatado, a impetrante pleiteia a declaração de nulidade da sentença por desrespeito ao princípio da legalidade, falta de motivação e cerceamento de defesa, com o consequente relaxamento da prisão dos pacientes por excesso de prazo na formação da culpa.

Subsidiariamente, busca a diminuição das penas-base e o afastamento das reprimendas dos arts. 33, *caput*, e 34, do apontado diploma legal, aplicando-se o princípio da consunção.

Da leitura dos acórdãos impugnados, observo que a Corte de origem não apreciou as questões trazidas no presente *habeas corpus*, por entender que a via estreita do *writ* não seria adequada para a desconstituição do édito condenatório, ressaltando que tais pleitos seriam enfrentados no julgamento da apelação criminal interposta pela defesa (e-STJ fls. 302/305 e 318/324).

Outrossim, ao contrário do entendimento firmado pelo Tribunal *a quo* nos acórdãos impugnados, é possível desconstituir a sentença condenatória, quer anulando-a, quer procedendo-se ao exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, em hipóteses excepcionais, como no caso em que emergir dos autos situação de flagrante ilegalidade ou de abuso de poder, não dizendo ela, todavia, respeito à presente *quaestio*.

Da mesma forma, a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu.

Com efeito, a apelação, dotada de maior devolutividade, é o recurso adequado para impugnar a sentença, a não ser em casos que, por sua excepcionalidade, seja manifesta a ilegalidade, permitindo a concessão de ofício pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tribunal, o que, todavia, não se verifica de forma patente no presente caso.

De início, veja-se o que disse o Tribunal *a quo* no que diz respeito à alegação da impetrante em relação à nulidade da sentença, ao desrespeito ao princípio da legalidade, à falta da motivação e ao cerceamento de defesa:

"Os pacientes alegam cerceamento de defesa, em razão do não acesso ao teor da interceptação telefônica; ausência de fundamentação acerca de diversas nulidades alegadas em memoriais defensivos; ausência de fundamentação na aplicação da multa; bem como desrespeito à lei no que se refere à dosimetria das penas.

Todavia, essas questões prendem-se ao mérito da ação penal e dependem de aprofundado exame do conjunto fático-probatório do feito para que se possa apreciar a veracidade das alegações ou a improcedência da adio.

Como é cediço, a via de cognição sumária do habeas corpus não se presta a esmiuçar as provas coligidas nos autos, razão pela qual não se deve conhecer tais alegações neste ensejo.

As questões acima referidas serão devidamente analisadas no recurso de Apelação que se encontra neste E. Tribunal de Justiça."
(e-STJ fl. 323)

O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelos pacientes.

Evidenciando-se as peculiaridades e a complexidade das teses sugeridas, sobretudo em vista de não ter o Tribunal *a quo* sobre elas se manifestado, mostra-se inviável seu acolhimento por meio da via eleita, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO RESTRITO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE CONDUTAS DELITUOSAS. VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. QUESTÃO NA ANALISADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

...omissis...

3. O writ, no que diz respeito à tese de cerceamento de defesa, tendo em vista que a defesa não teria tido acesso aos áudios, os quais não teriam sido submetido à degravação – não merece ser conhecida por esta Corte Superior, não apenas por não ter sido apreciada pelo Tribunal de origem, o que redundaria em indevida supressão de instância, mas também porque pressupõe exame aprofundado da prova, insuscetível de ser realizado nesta via.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.” (HC 116.665/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 22/3/10)

De outro giro, veja-se, por oportuno, o que disse o magistrado sentenciante ao fixar a dosimetria das penas dos pacientes:

I - Aos acusados Rogério e Emerson:

Os acusados não ostentam maus antecedentes. Entretanto, a imensa quantidade de drogas e de produtos químicos para mistura apreendidos, a existência de grande número de ferramentas e instrumentos para preparação, bem ainda toda a estrutura montada pela quadrilha (envolvendo veículos, imóveis, rádios, etc), revelam a periculosidade e conduta social reprovável dos agentes, que integram organização criminosa dedicada à prática de atividades ilícitas. De se constatar, ainda, que praticavam o tráfico de cocaína, espécie de droga causadora de forte dependência em seus consumidores. E a elevada quantidade de droga que preparavam e distribuíam, reiteradamente, além de todo o aparato mantido para este fim, enseja maior rigor na aplicação da pena, distinguindo-se daquela aplicada ao pequeno traficante, pois certamente a conduta atinge grande e indeterminado número de usuários, gerando gravíssimas consequências, evidenciando-se a necessidade de maior censura. Assim, justifica-se a fixação de reprimenda em patamar acima do mínimo, de sorte que fixa a pena-base, para cada um dos réus, da seguinte forma:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- para o delito previsto pelo artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06: em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

- para o delito previsto pelo artigo 33, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei nº 11.343/06 em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo;

- para o delito previsto pelo artigo 34 da Lei nº 11.343/06: em 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 1440 (mil quatrocentos e quarenta) dias-multa, no valor unitário mínimo;

- para o delito previsto pelo artigo 35 da Lei nº 11.33/06: em 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Não havendo outras circunstâncias modificadoras aplicáveis, torno definitivas as penas fixadas, que serão somadas em razão do concurso material de delitos.

(...)

III – Ao acusado José Eduardo:

Além das circunstâncias judiciais desfavoráveis, analisadas na primeira fase de fixação de pena para os acusados Emerson e Rogério, que se aplicam também ao acusado José Eduardo, relativas à quantidade de drogas, produtos e instrumentos apreendidos, além da estrutura da organização criminosa, vê-se que o réu já foi condenado à pena de dois anos de reclusão por porte ilegal de arma de fogo. É certo que a certidão acostada aos autos (fls. 597/599) indica que tal sentença condenatória está pendente de recurso. Entretanto, tal circunstância revela a personalidade desviada do acusado, voltada ao cometimento de delitos e sua periculosidade. Ademais, consta que estava foragido da Justiça quando foi preso em flagrante pelos fatos analisados nestes autos, tudo a revelar sua conduta social reprovável, seu descaso com as autoridades e sua dificuldade em respeitar regras e leis. Mais do que justificada, portanto, a necessidade de majoração da pena-base que fixo:

- para o delito previsto pelo artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06: em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 667 (seiscentos e sessenta e sete) dias-multa; que será elevada de um sexto em razão da reincidência (fls. 594/595), por furto duplamente qualificado), passando a 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 778 (setecentos e setenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- para o delito previsto pelo artigo 33, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei nº 11.343/06: em 6 (seis) anos e (oito) meses de reclusão e 667 (seiscentos e sessenta e sete) dias-multa; que será elevada de um sexto em razão da reincidência, passando a 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 778 (setecentos e setenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo;

- para o delito previsto pelo artigo 34 da Lei nº 11.343/06: em 4 (quatro) anos de reclusão e 1600 (mil e seiscentos) dias-multa, que elevo de um sexto em razão da reincidência, passando a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1089 (mil e oitenta e nove) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Não há outras modificadoras a aplicar, de sorte que se tornam definitivas as penas fixadas, que serão somadas em razão do concurso material de delitos. (e-STJ fls. 44/47)

Assim, considerando que a sentença restou fundamentada, ao menos num rápido exame, no que se refere à aplicação das penas-base acima do mínimo legal, ante a ocorrência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial o *modus operandi* dos delitos imputados aos pacientes, bem ainda a natureza e a grande quantidade de droga apreendida - mais de 250 quilos -, não há razão segura para excepcionar o entendimento jurisprudencial consolidado acima referido.

Tal fundamentação não se mostra, de forma alguma, flagrantemente ilegal, abusiva ou teratológica, a ponto de superar a supressão de instância, ante o não conhecimento do *writ* originário.

No tocante ao pleito de afastamento das penas dos arts. 33, *caput*, e 34, da Lei nº 11.343/06, aplicando-se o princípio da consunção, também não há como conhecer da impetração.

Conforme extrai-se da inicial acusatória, os pacientes foram surpreendidos, juntamente com outros corréus, com mais de 250 quilos de cocaína, produto químico destinado à preparação de drogas, ou seja, acetona e insumo para a preparação do entorpecente consistente em pó branco para mistura e aumento do volume do entorpecente, maquinário, consistente em uma prensa hidráulica com capacidade de 40 toneladas, e objetos destinados à fabricação, preparação e transformação de drogas, tais como balança, liquidificadores, bacias e outros.

Constata-se, assim, que eles mantinham uma estrutura destinada ao fabrico da droga, consistente em um verdadeiro laboratório. Logo, não se mostra tão cristalina a interdependência das ações, de tal forma a ensejar o reconhecimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua unicidade jurídico-penal.

Desta forma, havendo necessidade de apreciação fático-probatória para chegar-se à conclusão pretendida na impetração, a via adequada não é o *habeas corpus*.

Esse é o entendimento das duas Turmas deste Tribunal:

“HABEAS CORPUS. ARTS. 12, 13 E 14 DA LEI 6.368/76. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. A alegação de concurso aparente de normas, como suscitado na impetração, demanda aprofundado exame fático-probatório, impróprio para a via estreita do remédio heróico. In casu, não se afigura patente a absorção do crime do art. 13 pelo art. 12, ambos da Lei 6.368/76; a manutenção de mini-laboratório para o fabrico de drogas não se mostrou, de forma evidente, intrincado com o tráfico de tal modo a justificar o reconhecimento da unicidade de comportamentos.

2. Habeas corpus denegado (com voto vencido).” (HC 144.969/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 7/6/10)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA TOTAL: 7 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. MAJORANTE DO ART. 18, III DA LEI 6.368/76. ABOLITIO CRIMINIS. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º. DA LEI 8.072/90. ABSORÇÃO DO DELITO DO ART. 13 DA LEI 6.368/76 (POSSE DE PRODUTOS E OBJETOS PARA FABRICAÇÃO E PREPARAÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE) PELO CRIME DE TRÁFICO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. A pretensão de reconhecimento da absorção do delito previsto no art. 13 (posse de produtos e objetos utilizados na fabricação e preparação de substância entorpecente) pelo do art. 12 da Lei 6.368/76, diante da fundamentação da sentença condenatória, não prescindiria de incursão mais acurada no conjunto probatório dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos, providência vedada na ação de Habeas Corpus.

4. Em consonância com o parecer ministerial, concede-se parcialmente a ordem, tão-só e apenas para afastar a vedação da progressão de regime prisional do paciente, que deverá ser oportunamente apreciada pelo Juiz da Vara das Execuções Penais com fulcro no art. 112 da LEP, bem como para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III da Lei 6.368/76, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.” (HC 80.689/GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 28/4/2008)

Dessarte, impossível o exame das alegações nesta oportunidade, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

Dessa forma, não havendo a apreciação da controvérsia pelo Tribunal *a quo*, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça se antecipar em tal exame, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

Não acolhido o pleito de nulidade do feito, também não merece concessão o pedido de relaxamento da prisão cautelar, devido ao excesso de prazo advindo da anulação do processo.

Noticiam os autos que os pacientes José Eduardo e Rogério foram condenados pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, art. 33, § 1º, I, art. 34, *caput*, e art. 35, *caput*, todos da Lei nº 11.343/06, a 24 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e a 19 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, respectivamente, tendo recorrido do decreto condenatório.

Não se ignora que os autos subiram para o Colegiado Estadual há quase três anos, sem que o fato caracterize, porém, constrangimento ilegal hábil a colocá-los em liberdade, pois, não obstante a demora no julgamento da apelação, na hipótese concreta, o processo em primeiro grau teve tramitação célere.

Ressalto que o princípio da razoabilidade, inerente ao processo penal, não permite a marcação de prazos peremptórios para o julgamento da apelação criminal, ainda mais quando demanda a análise de todo o conjunto probatório carreado na instrução processual.

Todavia, os elementos constantes do processo sinalizam no sentido de que o Tribunal de Justiça de São Paulo incorreu em excesso de prazo inescusável no julgamento da apelação, passível de concessão da ordem, de ofício, por este Tribunal.

A situação dos autos é peculiar, pois, embora condenados à longa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, os pacientes estão presos há mais de cinco anos e o recurso de apelação foi distribuído ao Tribunal bandeirante em 1º de julho de 2009.

Consoante observa-se das informações extraídas do sítio oficial da Corte de origem, os autos foram conclusos ao Relator, em 24/03/11, e, desde então, não houve mais movimentações.

Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso. O Tribunal de Justiça não apontou eventual colaboração da Defesa para a demora e furtou-se, outrossim, a dar andamento ao processamento do apelo.

É cediço que a análise do recurso de apelação não tem prazo fixado na lei processual. Contudo, este Sodalício entende que, tratando-se de condenado preso, a demora desmotivada para o julgamento do recurso configura constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*, inclusive de ofício.

Nesse sentido, confira o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRAFICO. CONDENAÇÃO À PENA TOTAL DE 10 ANOS DE RECLUSÃO. APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA EM 15.4.2009. EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DEMORA INJUSTIFICADA. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL A QUO PROCEDA AO IMEDIATO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA APENAS PARA RECOMENDAR O JULGAMENTO CÉLERE DO APELO. MANTIDA A PRISÃO DO PACIENTE.

1. *Fica evidente o excesso de prazo na apreciação da Apelação Criminal, porquanto interposta há mais dois anos, sem que qualquer justificativa fosse apresentada pelo Tribunal Estadual para a demora no seu julgamento. Precedentes do STJ.*

2. *Ordem parcialmente concedida apenas para recomendar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que proceda ao julgamento da Apelação Criminal, mantida a prisão do paciente. (HC 195.929/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, Dje 26/5/11)*

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. EXCESSO DE PRAZO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NO JULGAMENTO. DEMORA INJUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. VEDAÇÃO EXPRESSA À LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se mostra razoável o prazo decorrido desde a conclusão dos autos de apelação à Relatora e a presente data - mais de 2 anos - sem que o recurso tenha sido incluído na pauta de julgamento do órgão competente, atentando, assim, contra a previsão do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

...omissis...

3. Ordem parcialmente concedida, para que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgue, com urgência, a Apelação Criminal n. 2008.60.00.001528-1. (HC 183.562/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 28/3/11)

Por outro vértice, apesar de reconhecida a demora no julgamento do feito, não se pode falar em soltura dos pacientes, autuados em flagrante delito em março de 2007, pela apreensão de mais de 250 quilos de cocaína e condenados nas sanções do no art. 33, *caput*, art. 33, § 1º, I, art. 34, *caput*, e art. 35, *caput*, todos da Lei nº 11.343/06, seja em função da presença dos fundamentos da prisão processual, seja em decorrência da vedação expressa trazida pelo art. 44 da Lei de Drogas, que impossibilita a liberdade provisória aos agentes flagrados no cometimento de tal ilícito.

Ademais, considerando o *quantum* das sanções aplicados aos pacientes, na sentença condenatória, o prazo para o julgamento da apelação criminal não se mostra desarrazoado ou desproporcional, a ponto de possibilitar o relaxamento das prisões, mormente porque sequer ultrapassado prazo objetivo para eventual progressão de regime.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*, mas CONCEDO A ORDEM, DE OFÍCIO, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.

É como voto.

Comunique-se ao Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, Relator do HC 111.340, o inteiro teor do julgamento do presente *mandamus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0036132-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 163.833 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1332007

990092223712

990092916513

EM MESA

JULGADO: 15/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KELE REGINA DE SOUZA FAGUNDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ EDUARDO PECCORA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : ROGÉRIO EDSON DA SILVA (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.