



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.337 - SP (2012/0168816-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE SOUZA ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. *NARRA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS*. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA ESTREITA. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. Esta Corte Superior tem posição consolidada no sentido de ser possível a prolação de sentença condenatória, ainda que haja pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, a teor do art. 385 do CPP
3. Se é possível ao julgador condenar o réu, mesmo em caso de pedido absolutório do *Parquet*, é claro que o magistrado também pode, *mutatis mutandis*, proferir sentença condenatória, nos termos da imputação formulada na denúncia (arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006), mesmo em caso de posterior manifestação ministerial, em alegações finais, no sentido da desclassificação das condutas para o delito tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006.
4. "É inadmissível, na via angusta do *habeas corpus*, o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório" (HC 13.058/AM, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 194).
5. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.
6. Este Sodalício Superior sufragou entendimento no sentido de que "revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes". (HC 235.524/ES, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2012).

7. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

8. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

9. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

10. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente 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.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 07 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.337 - SP (2012/0168816-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE SOUZA ALMEIDA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública, em favor de ALEXANDRE SOUZA ALMEIDA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 9000016-90.2009.8.26.00224).

Narra a impetração que o paciente foi condenado em primeira instância a 8 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006, embora o Ministério Público Estadual tenha se manifestado em alegações finais pela desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da referida lei.

Contra tal decisão, a defesa apelou ao Tribunal de Justiça, objetivando a anulação da sentença, ante o pronunciamento do Ministério Público e, ainda, postulando a nulidade do processo em face do descumprimento de formalidade quando do interrogatório do Paciente, ouvido antes das testemunhas.

Ao julgar o apelo, a Corte de origem manteve a sentença por seus próprios fundamentos, em acórdão assim ementado (fl. 439):

TRÁFICO e ASSOCIAÇÃO PARA O TRAFICO - interrogatório que deve obedecer o procedimento específico previsto na lei - Magistrado pode se valer do princípio do livre convencimento motivado na sentença, não estando adstrito às alegações finais das partes – autoria e materialidade comprovadas - validade dos depoimentos policiais – substituição de pena inviável ante o montante de pena - impossibilidade de fixação de regime aberto para o crime de tráfico - Recurso improvido.

O aresto transitou em julgado (fl. 541).

Registre-se, também, a irrisignação da defesa por meio de *habeas corpus*, em que o Tribunal *a quo* denegou a ordem vindicada por decisão sumariada nos seguintes termos (fl. 460):

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes em associação. Nulidade do interrogatório. Impossibilidade. Em que pese o inconformismo da defesa, não há que se falar em inversão processual na medida em que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislação especial se sobrepõe à geral. As demais preliminares (violação ao princípio da correlação e cerceamento de defesa) foram objeto de análise do H.C nº 0072542-36.2011 julgado por esta Colenda Câmara em 09/06/2011. Trata-se de insurgência em face da r. decisão condenatória - em indevida e restrita sede - inexistindo no caput e nos incisos do artigo 648 do Código de Processo Penal elementos aptos a amparar a discussão ora encampada. As questões suscitadas - mitigação da penitência, o reconhecimento da figura privilegiada e o abrandamento da regência carcerária deverão ser analisadas em grau de recurso que, segundo consta dos autos, restou interposto pelo paciente. Inviável o apelo em liberdade em face da nocividade da mercancia abjeta na salvaguarda da ordem pública. Inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado por esta via, não se conhece em parte da impetração, mas na fração valorada, denega-se a ordem.

Neste *writ*, portanto, a impetrante aduz existir constrangimento ilegal em razão dos seguintes fundamentos:

- a) nulidade da condenação em face de contradição entre a sentença e a vontade do titular da ação penal, o qual opinou, em alegações finais, pela desclassificação das condutas;
- b) nulidade do processo pela violação ao rito legal, tendo em vista a inversão da ordem do interrogatório do paciente;
- c) erro na fixação da pena, em razão de não ter sido reduzida, com esteio no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo.
- d) erro quanto à fixação do regime fechado já que, diante do *quantum* das penas, possível o estabelecimento de regime mais brando.

Invoca os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da correlação.

Pugna pela anulação da sentença e pela expedição de alvará de soltura do paciente, que deve aguardar o novo processamento em liberdade.

A liminar foi indeferida (fls. 524/526).

Foram prestadas informações às fls. 538/723.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, manifestou-se "pelo não cabimento do *habeas corpus*" (fls. 726/727).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.337 - SP (2012/0168816-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. *NARRA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS*. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA ESTREITA. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. Esta Corte Superior tem posição consolidada no sentido de ser possível a prolação de sentença condenatória, ainda que haja pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, a teor do art. 385 do CPP
3. Se é possível ao julgador condenar o réu, mesmo em caso de pedido absolutório do *Parquet*, é claro que o magistrado também pode, *mutatis mutandis*, proferir sentença condenatória, nos termos da imputação formulada na denúncia (arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006), mesmo em caso de posterior manifestação ministerial, em alegações finais, no sentido da desclassificação das condutas para o delito tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006.
4. "É inadmissível, na via angusta do *habeas corpus*, o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório" (HC 13.058/AM, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 194).
5. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.
6. Este Sodalício Superior sufragou entendimento no sentido de que "revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes". (HC 235.524/ES, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2012).
7. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

9. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

10. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente 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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, impende 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 de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

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

No tocante à primeira nulidade arguida, o Tribunal *a quo* assim se manifestou por ocasião do julgamento do apelo (fls. 442/443):

Também não prospera a alegação de nulidade por violação do princípio da correlação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes definem o princípio da correlação como:

"O princípio da correlação entre acusação e sentença liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação" (Nulidades no Processo penal, Malheiros, 1992, p. 167).

A denúncia imputa ao réu os crimes previstos nos artigos 33, caput e 35 da Lei nº 11.343/2006. Entretanto, o membro do Ministério Público, em alegações finais, pugnou pela desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28 da mesma Lei de Drogas.

Na lição dos dd. Processualistas PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, "... O réu, ..., defende-se dos 'fatos' irrogados na denúncia ou na queixa e não da 'capitulação delitiva' dada pelo acusador... (Curso de Processo Penal. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 544).

Vigora no ordenamento pátrio o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, segundo o qual o Julgador possui ampla liberdade no sopesamento das provas trazidas aos autos para formação de seu juízo acerca das lides que lhe são submetidas, sendo-lhe exigida apenas a devida fundamentação no momento de julgar, apontando os motivos que serviram de alicerce à prolação de sua decisão.

Efetivamente, verifica-se na sentença que o Magistrado fundamentou sua decisão condenatória em diversos elementos de provas constantes dos autos.

Ainda, o próprio Código de Processo Penal, em sintonia com o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, determina no artigo 385: "nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada".

Deste modo, não se vislumbra qualquer nulidade a ser afastada na r. sentença condenatória.

Esta Corte Superior tem posição consolidada no sentido de ser possível a prolação de sentença condenatória, ainda que haja pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, a teor do art. 385 do CPP, *verbis*:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TESE DE INOCÊNCIA QUANTO À PRÁTICA DOS DELITOS. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PELO JUIZ E PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP.

1. O exame da tese de falta de provas, com vistas à absolvição do Paciente, consubstanciada na sua inocência quanto ao delito pelo qual foi condenado em primeira e segunda instâncias, demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria

2. O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, nas alegações finais e nas contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal.

3. Ordem denegada.

(HC 229.331/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)

HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, DO CP). MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. A medida de semiliberdade aplicada pela prática de ato infracional análogo ao delito de roubo circunstanciado encontra-se exaustivamente fundamentada na necessidade de ressocialização dos adolescentes, uma vez que efetivamente praticaram ato infracional que pressupõe tanto a violência quanto a grave ameaça, incidindo na tipificação prevista pelo inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo-se-lhe a aplicação de medida mais gravosa.

2. O pedido do Parquet pela absolvição ou pela aplicação de medida socioeducativa mais branda não vincula o magistrado. A partir dos fatos contidos nos autos, pode o Juiz, com base no princípio do livre convencimento motivado, decidir contrariamente ao pedido da acusação.

3. Não se constata, pois, o alegado constrangimento ilegal relativo à medida socioeducativa de semiliberdade aplicada aos adolescentes, tendo em vista que não foram estabelecidas em decisão desprovida de fundamentação, como quer o impetrante.

4. Ordem denegada.

(HC 191.744/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO EM ALEGAÇÕES FINAIS, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO QUE NÃO CARACTERIZA COAÇÃO ILEGAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. É verdade que o Ministério Público requereu, em alegações finais, a absolvição dos pacientes. E, nas contrarrazões do recurso de apelação criminal por eles interposto, também se manifestou pelo provimento, para absolvê-los.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No entanto, é pacífico o entendimento de que a condenação, em tais circunstâncias, não caracteriza coação ilegal, pois o julgador não está vinculado à manifestação do Ministério Público. Tem ele liberdade de decidir, de acordo com o seu livre convencimento.

3. Não procede a assertiva de que o artigo 385 do Código de Processo Penal não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

4. Ordem denegada.

(HC 137.322/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

Pois bem. Se é possível ao julgador condenar o réu, mesmo em caso de pedido absolutório do *Parquet*, é claro que o magistrado também pode, *mutatis mutandis*, proferir sentença condenatória, nos termos da imputação formulada na denúncia (arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006), mesmo em caso de posterior manifestação ministerial, em alegações finais, no sentido da desclassificação das condutas para o delito tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006.

Ademais, para rever as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, no sentido da condenação do paciente pela prática das condutas delituosas tipificadas nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006, seria necessária uma análise acurada dos fatos, provas e elementos de convicção em que se arrimaram os julgadores na origem. Tal procedimento é inviável em sede de *habeas corpus*, pois importaria em transformar o *writ* em recurso dotado de ampla devolutividade.

Como cediço, "É inadmissível, na via angusta do *habeas corpus*, o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório" (HC 13.058/AM, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 194).

Passo seguinte, sobre a apontada inversão na ordem procedimental, em razão do que teria havido violação ao princípio constitucional da ampla defesa, visto que o interrogatório fora colhido, não ao cabo do rito, mas em seu limiar, é fundamental ter em linha de consideração a disciplina inserta na Lei n.º 11.343/2006.

Da leitura dos artigos 54/59 da Lei de Drogas, é patente a existência de procedimento especial, em que algumas especificidades avultam. O prazo para o oferecimento da denúncia, é de dez dias, solto ou preso o réu. Ademais, é possível que sejam arroladas apenas cinco testemunhas.

Acerca da audiência de instrução, é salutar a transcrição do artigo 57:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Com a reforma processual penal, trazida pela Lei 11.719/2208, no procedimento comum [ordinário (CPP, artigo 400); sumário (CPP, artigo 531); e sumaríssimo (artigo 81 da Lei 9.099/1995)], de fato, o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento, antes dos debates.

Contudo, o procedimento da Lei de Drogas não é o comum, mas um daqueles que compõe o repertório dos especiais. Daí, justifica-se, até que eventual alteração legislativa seja efetivada, que o interrogatório seja realizado no início da audiência de instrução e julgamento.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. MANDAMUS UTILIZADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. HODIERNO ENTENDIMENTO DO STJ, QUE CONTA COM O LOUVÁVEL REFORÇO DA SUPREMA CORTE. 2. TRÁFICO DE DROGAS. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. REGRA EXCEPCIONADA PELO § 2º DO ART. 394 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. 3. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Recentemente, este Tribunal Superior passou a negar seguimento e/ou não conhecer de habeas corpus voltado à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, por não ser ele substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário, mas sim remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade, entendimento esse que conta com o louvável reforço da Suprema Corte.

2. A regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, a qual determina que o interrogatório seja realizado após a produção das provas testemunhais e periciais, é excepcionada no art. 394, § 2º, do referido diploma legal, que estabelece a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário do próprio Código de ritos ou de lei especial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 267.702/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO/REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. TRÁFICO DE DROGAS. RITO PROCESSUAL PREVISTO NO ART. 11.343/2006. PRESUNÇÃO DE ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. EVENTUAL NULIDADE NÃO ARGUIDA NO MOMENTO ADEQUADO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como sucedâneo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando evidenciada a existência de flagrante ilegalidade (precedentes do STF e do STJ).

2. Se a Lei 11.343/06 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 do Código de Processo Penal prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois, como visto, as regras do procedimento comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas (HC n. 195.796/DF, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 28/6/2012).

3. Além de não ter sido demonstrado o prejuízo concreto para a defesa, a questão restou preclusa, não tendo sido objeto de questionamento no momento oportuno, sendo que o próprio juiz do feito deixou clara a possibilidade de a ré vir a ser reinterrogada, ao final da instrução, caso necessário ou caso requerido pela defesa, o que não ocorreu.

4. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, é possível a majoração da pena-base com fundamento na quantidade e natureza das drogas apreendidas. Precedentes.

5. Ordem não conhecida.

(HC 180.209/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 28/11/2012)

Dessarte, não há falar em ilegalidade em razão da realização do interrogatório no início da audiência de instrução e julgamento.

Lado outro, no tocante à pretensão de redução da reprimenda, nos termos delineados na impetração, é assente neste Sodalício o entendimento de que "revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes". (HC 235.524/ES, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2012) No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. RÉU TAMBÉM CONDENADO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. É inaplicável a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes da Quinta Turma. 2. Recurso provido. (REsp 1199671/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 06/03/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO POR AMBOS OS CRIMES OCORRIDA NAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA MINORANTE QUANDO RECONHECIDA A AUTORIA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não é cabível a aplicação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 quando ocorrer a condenação pelo crime de associação pra o tráfico de drogas. Precedentes. 2. Mostra-se manifestamente infundada a tese sustentada pela Defesa que o exame do recurso especial esbarraria na Súmula n.º 07/STJ. Ora, os Acusados foram condenados por associação para o tráfico. Assim, comprovado no acórdão recorrido a prática do crime, o qual sequer foi impugnado pela Defesa, é possível o afastamento da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sem necessidade de reexaminar as provas dos autos. 3. Agravo regimental desprovido". (AgRg no REsp 1292271/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012)

Por fim, melhor sorte assiste à defesa no tocante ao regime inicial fechado, fixado na sentença aos seguintes fundamentos (fl. 321):

Para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, fixo o regime inicial fechado, nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, na nova redação dada pela Lei nº 11.464/07.

E o Tribunal *a quo* assim se manifestou (fl. 453):

O regime inicial de cumprimento da pena de tráfico deve ser o fechado, pois é inviável a fixação de regime inicial mais brando ante a redação do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei nº 8.072/90, a qual determina, de maneira expressa, que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas inicialmente em regime fechado.

Pois bem. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restou superada pelo Pretório Excelso a obrigatoriedade do regime inicial fechado nas condenações por crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes.

Não é outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte, que adotou o posicionamento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Na hipótese vertente, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

Com efeito, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática dos delitos previstos na Lei Antitóxicos, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Consoante as informações prestadas à fl. 541, a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante do exposto, **não conheço do writ**. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, tão somente 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0168816-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 251.337 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 177942392011 26062009 90000169020098260022

EM MESA

JULGADO: 07/08/2014

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. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANNA CECILIA SILVA FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXANDRE SOUZA ALMEIDA
CORRÉU	: MARCELO AMARAL LIMA
CORRÉU	: FLAVIO ALMEIDA FERREIRA

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

CERTIDÃO

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

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

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