



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.950 - GO (2010/0078404-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **DIVALDO THEÓPHILO DE OLIVEIRA NETO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS**
PACIENTE : **DÊNIS MENDES DO CARMO (PRESO)**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TENTATIVA DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADES. FORMAÇÃO DO FEITO SEM OS ATOS JUDICIAIS AUTORIZADORES. AUSÊNCIA DE DEBATE NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA PELO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. INOCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Incabível a análise da nulidade apontada no curso da instrução criminal, tendo em vista que a questão não foi debatida no recurso que ensejou o presente *habeas corpus*, o que impede este Sodalício Superior de examiná-la originalmente, sob pena de indevida supressão de instância.

3. O Supremo Tribunal Federal assentou ser prescindível a transcrição integral dos diálogos colhidos por meio de interceptação telefônica ou escuta ambiental, visto que a Lei n. 9.269/1996 não traz nenhuma exigência nesse sentido (Tribunal Pleno, Inq 3693, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/04/2014).

4. Em obediência ao princípio *pas de nullité sans grief*, que vigora em nosso processo penal (art. 563 do Código de Ritos), não se declara nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para nenhuma das partes.

5. Para a configuração do tipo penal "adquirir" no tráfico de drogas, não é necessária a entrega, nem mesmo o pagamento do preço ajustado, por ser o crime formal, comissivo, plurisubstantivo e unissubjetivo.

6. Na hipótese, o réu, previamente acertado com os demais corréus, iria receber parte dos 20,03kg de cocaína para fracioná-la e revendê-la para pequenos traficantes, não tendo recebido a quantidade de entorpecentes porque ocorreu a prévia apreensão policial. Em razão das instâncias ordinárias terem aplicado a causa de diminuição de pena pela tentativa, em sede de *habeas corpus*, inviável esta Corte decidir de modo diverso.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.950 - GO (2010/0078404-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de DÊNIS MENDES DO CARMO, em que se aponta como autoridade coatora a 3ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.750 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 14, II, do Código Penal, em concurso material com o crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 137/147).

Interposta apelação, o TJ/GO deu parcial provimento ao recurso defensivo para absolver o réu da imputação de associação ao tráfico de drogas e conceder a ordem, de ofício, para reduzir a pena por tentativa de tráfico de drogas, para 6 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial fechado (fls. 227/261).

No presente *habeas corpus*, o impetrante alega que: *a)* há nulidade procedimental em razão de as gravações das interceptações telefônicas não terem sido transcritas na íntegra, bem como não terem sido anexadas à ação penal as autorizações judiciais para aquele procedimento investigatório; e *b)* a tentativa de tráfico de drogas é uma conduta atípica, tendo ocorrido de fato atos meramente preparatórios.

A liminar foi indeferida pelo relator na época, em. Ministro Arnaldo Esteves Lima (fl. 267).

As informações foram apresentadas nas fls. 271/315.

Em parecer (fls. 320/322), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem e pela concessão, de ofício, para reduzir a sanção corporal do paciente.

Os autos foram a mim atribuídos em 10/09/2014 (fl. 331).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.950 - GO (2010/0078404-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Pleiteia-se, preliminarmente, o reconhecimento de suposta nulidade na colheita das provas da ação penal em análise, sob a alegação de que não foram juntadas as ordens judiciais que autorizaram a quebra do sigilo telefônico.

Não merece acolhida tal intento, pois a questão não foi objeto de debate na Corte de origem e, por isso, não pode ser originalmente analisada neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância. Nesse mesmo sentido: HC 37.564/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 13/12/2004.

No tocante à necessidade da integral transcrição das escutas realizadas, destaco que o Supremo Tribunal Federal assentou ser prescindível a transcrição integral dos diálogos colhidos por meio de interceptação telefônica ou escuta ambiental, visto que a Lei n. 9.269/1996 não traz nenhuma exigência nesse sentido (Tribunal Pleno, Inq 3693, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/04/2014).

Acresço que, nos argumentos manejados pelo impetrante, incorreu demonstração de prejuízo decorrente das parciais transcrições das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente.

A par disso, em obediência ao princípio *pas de nullité sans grief*, que vigora em nosso processo penal (art. 563 do Código de Ritos), não se declara nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para nenhuma das partes.

Não prospera, também, a alegada atipicidade da conduta, sustentada ao argumento de que os fatos imputados não passaram de meros atos preparatórios.

A tese apresentada, embora admitida por alguns doutrinadores, revela-se de difícil materialização, em face da multiplicidade de condutas incriminadoras previstas na Lei Antidrogas, até porque há a previsão legal para punir como exaurientes atos que, em regra geral, seriam meramente preparatórios de condutas mais graves, levando-se em conta a vontade do agente, consciente de que se trata de substância ilícita, de efetivar uma das condutas descritas naquela norma jurídica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, o paciente, previamente acertado com os demais corréus, iria receber parte dos 20,03kg de cocaína para fracioná-la e revendê-la para pequenos traficantes, não tendo recebido a quantidade de entorpecentes porque ocorreu a prévia apreensão policial (fl. 14). Isso denota que a aquisição da droga foi concluída, já que, para a configuração do crime, não é necessária a entrega, nem mesmo o pagamento do preço ajustado. O fato, pois, não é atípico.

Por se tratar de crime formal, comissivo, plurisubistente e unissubjetivo, seria possível, até mesmo, concluir que a conduta criminosa estaria exaurida. Entretanto, tendo em vista que as instâncias ordinárias entenderam que o delito foi perpetrado na forma tentada, é, ante a ausência de insurgência ministerial quanto ao ponto, inviável, nesta sede, decidir de modo diverso.

Cito os seguintes precedentes:

AQUISIÇÃO DE ENTORPECENTES. FATO QUE CARACTERIZA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. ATIPICIDADE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. INVIABILIDADE.

1. **A aquisição de substância entorpecente é uma das formas pelas quais se configura o delito de tráfico previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, cuja consumação prescinde que o agente seja flagrado no exato momento em que a transação esteja sendo concretizada, mormente como ocorre na hipótese, em que outros elementos de prova corroboram a afirmação contida na exordial acusatória.**

2. Comprovada a propriedade das drogas, não há falar em tentativa.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas impostas ao paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantido o regime inicial fixado na sentença.

(HC 270.851/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014) grifos nossos

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS NA FORMA TENTADA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM. PLEITO DE REDUÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COGNIÇÃO IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. PACIENTE RICHARDSON. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. PACIENTE WALLISON. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DOS DELITOS. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutiva de recurso especial.

2. Na espécie, não há ilegalidade na condenação por tráfico, na forma tentada, quanto ao núcleo do tipo adquirir, haja vista que as instâncias ordinárias entenderam que o delito somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, tendo em vista que a droga foi apreendida pela autoridade policial antes de sua efetiva entrega.

3. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação das penas-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente envolvida - 3.100 g de crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

4. Não há falar em reformatio in pejus, tendo em vista que o Tribunal de origem não agregou fundamentos novos para exasperar as penas-base dos pacientes, mas, manteve a reprimenda imposta em primeiro grau de jurisdição. Limitou-se, a Corte estadual, a salientar que o magistrado sentenciante fora por demais benevolente para com os pacientes, por entender que as sanções básicas deveriam ter sido fixadas com maior rigor, deixando de assim proceder, em atenção à vedação da reforma em prejuízo do réu, em sede de recurso exclusivo da defesa.

5. O pleito de redução do quantum de aumento da pena pela agravante da reincidência, quanto ao primeiro paciente, não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Inviável a pretendida alteração do regime inicial de cumprimento de pena do paciente RICHARDSON, porquanto sua reprimenda final foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

7. Quando ao paciente WALLISON, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez dos delitos, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

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.

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto ao paciente WALLISON MACEDO PINTO.

(HC 234.720/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014) grifos nossos

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0078404-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 170.950 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200801433228

200803789453

200903117554

367276

6192008

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIVALDO THEÓFILO DE OLIVEIRA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : DÊNIS MENDES DO CARMO (PRESO)
CORRÉU : PLÍNIO MARCUS FONSECA
CORRÉU : JOSÉ WILSON CASTRO
CORRÉU : LUIZ DUARTE FILHO
CORRÉU : DALMY VENEROSO CASTRO

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."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.