

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 519.615 - SP (2019/0192883-3)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRANDOW BATISTA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **BRANDOW BATISTA SILVA**, apontando-se como autoridade coatora o **eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Processo n. 0033991-21.2017.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso no art. artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa (fls. 27-30).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação suscitando preliminar de nulidade da sentença em relação a oitiva de testemunhas na instrução processual, tendo o **eg. Tribunal de origem** indeferido o pleito preambular e **negado provimento** ao recurso, conforme v. acórdão de fls. 44-57 assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. Preliminar nulidade da sentença por cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de oitiva de duas testemunhas descabimento testemunhas que deveriam ser arroladas no momento oportuno preclusão indeferimento fundamentado. Mérito - absolvição por falta de provas inadmissibilidade materialidade e autoria delitivas comprovadas réu preso em flagrante relato dos policiais que confirmou a mercancia de entorpecentes. Desclassificação para o art. 28, da Lei Antidrogas inviabilidade circunstâncias da prisão e quantidade e diversidade da droga que não se coaduna com

Superior Tribunal de Justiça

usuário. Fixação da pena base no piso impossibilidade circunstâncias judiciais negativas: expressiva quantidade e diversidade da droga. exasperação pela reincidência em menor fração descabimento recidiva específica que não pode gerar aumento mínimo. Causa de aumento devidamente comprovada. Adequada a imposição do regime fechado. Sentença mantida. Recurso desprovido."

Daí o presente **habeas corpus**, no qual a Defesa alega que é nítido o cerceamento de defesa, em decorrência do indeferimento da oitiva de testemunha, causando nulidade absoluta do processo.

Sustenta ser *"patente o cerceamento de defesa causado ao Paciente, eis que lhe foi negada a possibilidade de produzir prova que poderia corroborar a sua negativa e fundamentar eventual absolvição"* (fl. 5).

Aduz que *"o julgador pode dispensar a produção de provas irrelevantes e protelatórias; porém, não é este o caso dos autos, tendo em vista que as testemunhas requeridas pela Defesa para serem ouvidas estavam presentes na abordagem do Paciente, tanto que foram ouvidas na Delegacia"* (fl. 6).

Afirma que *"ao ser indeferido o pedido de oitiva das testemunhas, impediu-se a produção de prova relevante acerca dos fatos, impedindo o ora Paciente de exercer sua ampla defesa e ferindo os princípios do contraditório e do devido processo legal. Frise-se que o Paciente foi condenado a uma pena de quase oito anos de reclusão sem que lhe fosse permitido produzir todas as provas que estivessem ao seu alcance"* (fl. 7).

Alega serem *"absolutamente nulos os atos realizados a partir da audiência de instrução, debates e julgamento, sendo de rigor o ordenamento de nova realização dos mesmos, agora sob o albergue dos princípios constitucionais afrontados"* (fl. 8).

Requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja *"declarada a nulidade de todos os atos realizados a partir da citada audiência, ordenando-se nova realização dos mesmos, sob o albergue dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido*

Superior Tribunal de Justiça

processo legal. Subsidiariamente, seja aplicada a fração de 1/6 pela reincidência, cassando-se 1/3" (fl. 12).

O pedido liminar foi **indeferido** pela Presidência à fl. 61.

As informações foram prestadas às fls. 69-90.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 92-94, **pelo não conhecimento da ordem**, conforme a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha conhecida da parte desde o início do curso processual e que não foi arrolada no momento oportuno da defesa prévia. Pelo não conhecimento."

É o relatório.

Decido.

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Superior Tribunal de Justiça

Para melhor delimitar a controvérsia, transcrevo excerto do voto condutor do v. acórdão impugnado (fls. 46-57 - grifei):

"De início cumpre afastar a preliminar arguida, cabendo breve relato dos fatos e alguma digressão.

A defesa alega que ocorreu cerceamento de defesa, porquanto, o Magistrado a quo indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas. Todavia, não há nulidade a ser reconhecida, uma vez que bem fundamentado o indeferimento, aduziu o sentenciante:

'Indefiro o pedido de conversão do julgamento em diligência para a oitiva de testemunhas de defesa haja vista que tais testemunhas já possuíam qualificação conhecida desde o momento da elaboração do auto de prisão em flagrante, razão pela qual competia a defesa tê-las arrolado no momento oportuno, ou seja, na defesa prévia, tendo havido preclusão da prova. Ademais são duas pessoas que residiam na casa do acusado quando de sua prisão em flagrante a indicar a existência de amizade íntima o que dispensaria o compromisso com a verdade de tais indivíduos fls. 244.'

Ora, sabemos que o rol de testemunhas deve ser apresentado na defesa prévia e, após esse momento, a substituição de testemunha só deve ser deferida quando devidamente justificada, fato que não ocorreu.

Ademais, as citadas testemunhas presentes por ocasião da prisão em flagrante do réu prestaram depoimento na Delegacia (fls. 15 e 20), em nada corroboraram para elucidação dos fatos.

Destarte, como bem aduziu o douto Parquet:

'Ademais, o recorrente sequer conseguiu demonstrar o efetivo prejuízo decorrente do suposto cerceamento de defesa, vez que as provas colhidas eram suficientes a comprovar a materialidade e autoria do delito determinante dos autos, de forma que se revelaria totalmente inapta a afastar a responsabilização criminal do acusado fls. 283.'

Afastada a preliminar, passo a análise do mérito.

Narra a denúncia que em 26 de abril de 2017, por volta das 11:00 horas, na Rua Aurora, 978, República, na Cidade e Comarca de São Paulo, Brandow Batista Silva, ora apelante, trazia consigo, mantinha em depósito e sob a sua guarda, substâncias entorpecentes causadoras de dependência química e psíquica sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pela região dos fatos, ocasião em que popular se aproximou da viatura e ofertou a denúncia de que em ocupação de imóvel situado à Rua Aurora, 978, República havia um travesti em posse de uma arma de fogo subtraída de um policial civil e que, também, havia drogas na casa.

Os agentes públicos diligenciaram ao local apontado e foram

Superior Tribunal de Justiça

atendidos por Brandow Batista Silva, quem se apresentou como responsável pelo imóvel.

Procedida à devida abordagem, em revista pessoal, os policiais encontraram na carteira do réu, 06 (seis) invólucros plásticos contendo cocaína e a quantia de R\$ 63,00 (sessenta e três reais).

O imóvel ocupado por Brandow era composto por único cômodo e foi vistoriado. Na oportunidade, os policiais localizaram, no guarda roupas que continha roupas do recorrente, dentro de uma gaveta, 34 (trinta e quatro) trouxinhas contendo maconha, mais 30 (trinta) pinos contendo crack, 42 (quarenta e dois) pinos contendo cocaína, 09 (nove) frascos de vidro contendo lança perfume, além de 20 (vinte) frascos de vidro vazios.

Ainda, foram encontrados no imóvel 01 (uma) máquina fotográfica e 04 (quatro) telefones celulares.

No imóvel de cômodo único de responsabilidade de Brandow estavam pernoitando as pessoas de: João Rodrigo Oliveira Silva, Igor Junior Moreira dos Santos, Jesua Jorge Correia da Silva, João Marcos Batista de Matos e Mariana Henrique de Santana, menor inimputável. Todos afirmaram que nada presenciaram sobre a ação policial, posto que dormiam no momento da apreensão da droga pelos agentes públicos - fls. 09,11,13,15 e 20.

A materialidade delitiva restou totalmente comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 34/37, laudo de constatação de fls. 43/44, laudo químico toxicológico definitivo, fls. 100/103 e pela prova oral.

Não há nada de irregular na busca domiciliar efetuada na residência do apelante, sem mandado, isto porque, disciplina o art. 5º, XI, da Constituição Federal estabelece:

'(...) a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.'

Nota-se, pelo dispositivo constitucional que, muito embora, estabeleça a inviolabilidade da casa, também estabelece as exceções a esta regra, dentre elas, a prisão em flagrante delito pela prática de crime permanente, como é o caso em tela, tráfico de entorpecentes.

[...]

A autoria, também, é certa.

O recorrente negou a prática do crime. Contou que mora sozinho no local dos fatos, mas não havia drogas no seu cômodo. Admitiu a propriedade de somente dois pinos de drogas porque é usuário. Asseverou que não conhecia os policiais antes dos episódios, mas no dia anterior teve um desentendimento com eles porque os agentes públicos agrediam um menor e interveio. Esclareceu que ostenta uma condenação por tráfico de drogas e, naquela época, traficava.

Todavia, ao contrário do que alega a defesa, a versão apresentada pelo recorrente colide frontalmente com as provas amealhadas

Superior Tribunal de Justiça

aos autos.

Vejamos.

Os policiais militares responsáveis pela apreensão da droga e prisão do recorrente apresentaram relatos coerentes e uníssonos no sentido de que foram até o local em razão de denúncia anônima sobre a posse de arma de fogo e, quando entraram no local e o réu se apresentou como o proprietário do imóvel, onde havia outras pessoas pernoitando, com ele foram apreendidos seis pinos de cocaína em seus bolsos e drogas de variada natureza prontas para a venda, além de dinheiro, no interior do guarda-roupa do réu.

As declarações prestadas pelos agentes públicos responsáveis pela prisão do recorrente são suficientemente detalhadas ao descreverem as circunstâncias que cercaram a prisão do agente e a apreensão dos entorpecentes, não havendo como desvinculá-lo da autoria do delito.

Ademais, seus depoimentos são precisos, minuciosos e coerentes entre si, não há nada que possa macular suas declarações.

Reitera-se aqui, no confronto entre as versões expostas, a construção da jurisprudência no sentido de considerar com primazia as palavras dos agentes da lei, não se admitindo presumir que fossem acusar de modo gratuito pessoas inocentes que não conheciam e descabendo arguir suspeição ou parcialidade deles que resultasse da sua condição funcional (Apelação nº 0044853-61.2011.8.26.0050, rel. Luís Soares de Mello, j. em 4.6.2013; HC nº 149.540/SP, rel. Min^a. Laurita Vaz, j. em 12.4.2011). Estando já pacificado esse entendimento (HC nº 321.756/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 1.10.2015), inclusive, nesta e. Corte de Justiça (Apel. nº 0033959-03.2010.8.26.0554, rel. Aírton Vieira, j. em 12.7.2016; Apel. nº 0002079-54.2010.8.26.0081, rel. Silmar Fernandes, j. em 11.12.2014).

Conforme jurisprudência dominante, não há qualquer impedimento no depoimento de agentes públicos, que é idôneo para embasar um decreto condenatório, uma vez que não armariam uma situação para incriminar inocentes, principalmente quando seu depoimento é coerente com as demais provas, colhido sob o crivo do contraditório, como na hipótese dos autos.

[...]

Aliás, a Defesa não se encarregou de demonstrar qualquer prova que afastasse a acusação a ele imputada, conforme estabelece o art. 156, do Código de Processo Penal, diante das provas amealhadas aos autos.

Cabe lembrar que, o fato de o recorrente não ter sido visto comercializando entorpecentes não afasta a imputação a ele imposta, [...].

A prática de qualquer uma das condutas acima descrita configura o tráfico de entorpecentes, não há necessidade da efetiva venda do entorpecente para terceiros, inclusive, este fornecimento pode até ser gratuito, sem com isso, afastar a imputação do tráfico de drogas.

Impossível a absolvição desejada, a expressiva quantidade e grande diversidade da droga apreendida, o modo como estavam armazenadas, embaladas em porções, prontas para a venda, o relato dos policiais militares, enfim, as circunstâncias que estão em consonância com

Superior Tribunal de Justiça

tese ofertada na denúncia, de que o entorpecente pertencia ao recorrente e era destinado a entrega e consumo de terceiros.

Assim, correta a condenação por tráfico de entorpecentes.

Neste diapasão, diante da quantidade e diversidade de drogas apreendidas, inviável a desclassificação para usuário.

Passo, assim, a dosimetria penal.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas o art. 59 do Código Penal, bem como ao descrito no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a pena- base foi fixada acima do mínimo legal, de forma fundamentada, porquanto, presentes circunstâncias judiciais negativas: quantidade e diversidade da droga. De modo que a pena foi acrescida na fração de 1/6, o que resultou em aumento em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Lembro que, não se vislumbrando, no caso, 'exasperação ilegal ou desmotivada, até porque o legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais, deixando a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinarem condutas análogas e, simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena' (HC nº 107.626/MS, rel. Min^a Carmem Lúcia, j. em 2.10.2012).

Ademais, o art. 42, da Lei Antidrogas autoriza o aumento levando-se em consideração a quantidade e natureza dos entorpecentes, de modo que, estando o acréscimo bem fundamentado não há reparo a ser feito.

Na segunda etapa, a pena sofreu aumento de 1/3, uma vez que o recorrente é reincidente específico (fls. 234), de modo que a pena resultou em definitivamente, em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, à míngua de causas modificativas.

Ora, tratando-se de reincidência específica o aumento não pode ser mínimo e o percentual aplicado pela Magistrada não se mostra excessivo ou ilegítimo, porquanto, o Código Penal não estabelece os percentuais mínimos e máximos a serem aplicados em razão da circunstâncias agravantes, cabendo ao sentenciante estabelece-lo dentro dos parâmetros razoáveis de forma proporcional, exatamente o que ocorre o caso presente.

Ademais, a fração empregada também é admitida no c. Superior Tribunal de Justiça, [...].

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O apelante não preenche aos requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal, diante da quantidade da pena e pelo fato de o recorrente ser reincidente específico.

É indiscutível que para o crime de tráfico o regime adequado é o fechado. Não se desconhece a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2012) que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual prevê o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Superior Tribunal de Justiça

Importa consignar que tal decisão deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes.

Ademais, é entendimento majoritário deste c. Tribunal de Justiça, a aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo, como se retira do teor do acórdão da lavra do Eminent Des. Edison Brandão:

[...]

Por esta razão, mesmo que a quantidade da pena imposta, o que não é o caso, permita estabelecer regime inicial mais benéfico, sempre dependerá, em última análise, do exame da culpabilidade da agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

Ora, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade decorre de expressa previsão no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.464/07.

Dessa, forma, diante da análise do caso concreto, consoante os termos dos arts. 59 e 33 do CP, levando-se em consideração a conduta e as gravíssimas consequências causadas à sociedade pelo crime de tráfico de entorpecentes, impõe-se a adoção do regime mais gravoso.

Assim, a modalidade menos severa para o cumprimento da pena mostra-se insuficiente e inadequada à repressão do delito, mantendo-se o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, em consonância com as Súmulas 718 e 719 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo."

No presente caso, o eg. Tribunal **a quo** manteve a decisão de indeferimento do pedido de oitiva de testemunhas, por entender que não há demonstração da imprescindibilidade de tal medida, uma vez que no rol de testemunhas sequer constava o nome das pessoas requeridas, havendo preclusão do ato, posto que o rol de testemunhas deve ser apresentado na defesa prévia.

Além disso, não havia quaisquer provas que demonstrassem a real necessidade da oitiva pretendida, em razão das testemunhas, consideradas amigas íntimas do ora paciente, já terem sido ouvidas na fase policial e em nada colaboraram para a elucidação dos fatos.

Ressalto que, de fato, não se indicou qualquer prejuízo concreto que seria suportado pelo paciente, sequer havendo menção a respeito de qual seria a importância da oitiva das referidas testemunhas, não bastando para esse fim a mera alegação de imprescindibilidade à tese defensiva.

Superior Tribunal de Justiça

Desse modo, verifico que a fundamentação trazida pelo eg. Tribunal de origem para indeferimento da diligência pleiteada se mostra plausível e adequada, em consonância com a consolidada jurisprudência dessa Corte Superior de Justiça, no sentido de que para o reconhecimento de nulidade de determinado ato processual é imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo à parte.

Como consabido, acerca da nulidade de ato processual, em virtude do princípio **pas de nullité sans grief** e nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SEMI-IMPUTABILIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL NÃO COMPROVADO. APROVEITAMENTO DE PROVA PRODUZIDA EM OUTRA AÇÃO PENAL. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ÓBICE AO REVOLVIMENTO DE PROVAS NA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio pas de nullité sans grief impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie.

3. Mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. In casu, porém, sequer restou comprovado o indeferimento de pedido de submissão do paciente a exame toxicológico, sendo descabido, portanto, o reconhecimento da

Superior Tribunal de Justiça

nulidade do feito por cerceamento do direito de defesa.

[...]

8. *Writ não conhecido*" (HC 360.575/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas** DJe de 30/05/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/1990. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AÇÃO PENAL PRECEDIDA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. ART. 12, I, DA LEI 8.137/1990. SÚMULA 7 E 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator está autorizada pelo Regimento Interno deste STJ e pelo CPC, nas hipóteses neles previstas, não havendo falar em ofensa ao princípio da colegialidade, porquanto, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em regra, salvo situação excepcionalíssima, não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligência requerida pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. **De acordo com a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de alegação de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP, o que não ocorreu nos autos.**

4. Na hipótese, o agravante não demonstra a imprescindibilidade da prova pericial requerida ou o prejuízo sofrido com a vista dada ao Ministério Público sobre documento juntado pela defesa. Maiores considerações a respeito, ao contrário do que se sustenta, implicaria em aprofundado reexame de aspectos fáticos-probatórios, providência vedada na via eleita, em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ.

[...]

9. *Agravo Regimental desprovido*" (AgRg no AREsp 1259749/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da**

Fonseca, DJe de 30/05/2018, grifei).

Cumpra registrar, ademais, que o Magistrado pode indeferir a produção de provas que entenda protelatórias ou desnecessárias, desde que o faça de forma fundamentada, como ocorreu na espécie.

Sobre o tema, ressalte-se que embora o acusado no processo penal tenha o direito à produção de prova, o Magistrado tem discricionariedade para indeferir, motivadamente, aquelas que reputar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, nos termos do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal, **devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.**

Confira-se, a propósito, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, segundo o qual *"embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, §1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias."* (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008. p. 294).

Destaco, a propósito, os seguintes julgados:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE PRODUÇÃO DE PROVAS REQUERIDAS PELO RÉU. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, o indeferimento de parte das provas requeridas pela defesa foi devidamente justificado pelo magistrado singular, que não acolheu o pedido de nova oitiva da vítima por entender que o seu depoimento observou os ditames da Lei 13.431/2017, procedimento do qual a defesa teve ciência e não se insurgiu, e rejeitou o pleito de acareação de duas testemunhas por se tratar de providência protelatória, havendo provas suficientes para a formação do seu convencimento, o que afasta a ilegalidade suscitada na irresignação.

Superior Tribunal de Justiça

3. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de algumas das diligências postuladas pela defesa do acusado, sendo certo que, para se concluir que seriam indispensáveis para a comprovação das teses suscitadas em seu favor, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes.

[...]

6. Recurso desprovido" (RHC 97.970/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 28/06/2018, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCABIMENTO DE "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO". PEÇA OPINATIVA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ANÁLISE DE PLEITO DO ACUSADO DIRETAMENTE PELO ÓRGÃO ESPECIAL. JUNTADA DE PROVA CONSIDERADA DESNECESSÁRIA. INDEFERIMENTO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. RENOVAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DO PROCESSO (ART. 400 DO CPP), COM AFASTAMENTO DA REGRA DO ART. 7º DA LEI N. 8.038/1990. PRECEDENTES DO STF E DO STJ QUE NÃO SE ENCAIXAM NO CASO CONCRETO. INTERROGATÓRIO JÁ REALIZADO, ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. PRECLUSÃO. TEMPUS REGIT ACTUM. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DAS PROVAS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PREJUDICIALIDADE DO TEMA. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE DIFERENCIADO. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

5. Ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, ainda, à parte interessada, demonstrar a real imprescindibilidade da produção da prova requerida.

6. Hipótese em que a instância ordinária, motivadamente, afastou a tese de cerceamento de defesa e a necessidade de juntada de novo laudo realizado por psicóloga,

Superior Tribunal de Justiça

uma vez que as demais provas contidas nos autos demonstraram a credibilidade das declarações das vítimas do delito.

[...]

20. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido" (REsp 1.659.662/CE, **Quinta Turma**, Rel. Min.**Ribeiro Dantas**, DJe de 19/04/2017, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECONHECIMENTO PESSOAL DOS ACUSADOS. RECOMENDAÇÃO LEGAL. NULIDADES DO INQUÉRITO QUE NÃO FEREM A AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE PELO INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE PATRÍCIA DA SILVA OLIVEIRA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. DETRAÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. O parágrafo 1º do artigo 400 do Código de Processo Penal confere ao magistrado a condição de destinatário final das provas e, pelo princípio do livre convencimento motivado, pode ele indeferir de forma fundamentada as providências que considerar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a produzir outras provas quando já se encontra suficientemente instruído diante dos elementos probatórios existentes nos autos. In casu, por desnecessária, fora indeferida a juntada de gravação de câmera de segurança instalada no interior de coletivo, reputando o magistrado suficientes os elementos probatórios até então encartados para fins de densificação da autoria delitiva.

5. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea, nos termos das Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. Na espécie, a fixação do regime inicial mais gravoso para a paciente Patrícia da Silva Oliveira - primária e com pena-base fixada no mínimo legal -, está amparada, unicamente, em considerações genéricas acerca da gravidade em abstrato do delito e em elementos ínsitos ao tipo penal violado.

6. No que se refere à detração penal, verifica-se que

Superior Tribunal de Justiça

o tema não foi debatido perante a Corte de origem, sendo vedada a análise da matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Sem embargos, a questão poderá ser novamente ventilada perante o Juízo das Execuções Penais, na forma como preconiza o art. 66, III, "c", da LEP.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para a paciente Patrícia da Silva Oliveira" (HC 374.632/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10/02/2017, grifei).

Ademais, a Defesa alega inexistir justificativa para o indeferimento da diligência requerida, no entanto, não se pode reavaliar, em sede de **habeas corpus** ou do respectivo recurso ordinário, o mérito do livre convencimento do Magistrado, uma vez que para tanto seria **inevitável a apreciação da matéria fático-probatória** dos autos, providência incompatível com a via eleita.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E DE DEPOIMENTOS PRESTADOS EM PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, as instâncias de origem indeferiram o pedido de inquirição de testemunha, uma vez que arrolada intempestivamente, bem como de juntada de depoimentos prestados em procedimento de apuração de ato infracional porque implicaria, por via transversa, aceitar a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes oportunamente, salientando, outrossim, que a própria defesa, em audiência, desistiu do testigo indicado, não podendo agora suscitar eventual nulidade para a qual contribuiu, consoante o disposto no artigo

Superior Tribunal de Justiça

595 do Código de Processo Penal, tendo o Juízo indicado que os elementos de convicção produzidos já eram suficientes para o esclarecimento dos fatos apurados, o que demonstraria impertinência das provas postuladas.

3. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa das diligências almejadas pela defesa do acusado, sendo certo que, para se concluir que seriam indispensáveis para a comprovação das teses suscitadas em favor do réu, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUANDO A PENA-BASE É FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E EXISTEM CAUSAS DE AUMENTO. MATÉRIA NÃO APRECIADA EM SEDE RECURSAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido" (HC 385.915/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 17/04/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. PERÍCIA CONTÁBIL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. RECURSO IMPROVIDO.

1 - O indeferimento de pedido de realização de exame pericial, quando devidamente motivado, não configura cerceamento de defesa, por ser a discricionariedade o critério norteador do juízo de necessidade.

2 - Não é o habeas corpus o meio adequado para a verificação da conveniência ou necessidade da produção de tais provas, se para tanto se fizer necessário o cotejo aprofundado dos elementos fático-probatórios contidos nos autos da ação penal (RHC 60.853/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 22/09/2015).

3 - Recurso ordinário improvido." (RHC 59.801/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/06/2016, grifei).

No que toca à fração de aumento pela reincidência, como é cediço, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou

Superior Tribunal de Justiça

diminuição da pena em razão de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao Magistrado fixar o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Nesse contexto, predomina nesta Corte Superior o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6 (um sexto), em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS À PERSONALIDADE E AOS ANTECEDENTES DO RÉU. JUSTIFICATIVAS INERENTES AO TIPO PENAL NO TOCANTE À CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONDUTA SOCIAL. (II) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE MOTIVOS CONCRETOS. DESPROPORCIONALIDADE.

[...]

8. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.

[...]

*10. Ordem concedida em parte para, redimensionando a pena imposta, estabelecê-la em 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais o pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão estadual (HC n. 387.586/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe de 17/4/2017).*

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO

Superior Tribunal de Justiça

PROPORCIONAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. CONDENAÇÕES DISTINTAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6. PATAMAR RAZOÁVEL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, a aplicação de fração superior a 1/6, pelo reconhecimento das agravantes, exige motivação concreta e idônea. Sendo, na espécie, apenas uma a condenação residual existente contra o paciente, para valoração na segunda fase da dosimetria, o agravamento da pena em dois anos mostra-se excessivo. Necessidade de readequação da pena para se adotar o patamar de aumento em 1/6.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda final do paciente para 8 anos, 10 meses e 5 dias de reclusão" (HC n. 298.050/RS, **quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/3/2017).

No caso, o eg. Tribunal de origem manteve a fração de aumento decorrente da reincidência em 1/3 (um terço), apenas pelo fato de ser **específica** para o incremento superior a 1/6 (um sexto), conforme segue (fls. 54-55 - grifei):

"[...] Na segunda etapa, a pena sofreu aumento de 1/3, uma vez que o recorrente é reincidente específico (fls. 234), de modo que a pena resultou em definitivamente, em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, à míngua de causas modificativas.

Ora, tratando-se de reincidência específica o aumento não pode ser mínimo e o percentual aplicado pela Magistrada não se mostra excessivo ou ilegítimo, porquanto, o Código Penal não estabelece os percentuais mínimos e máximos a serem aplicados em razão da circunstâncias agravantes, cabendo ao sentenciante estabelecê-lo dentro dos parâmetros razoáveis de forma proporcional, exatamente o que ocorre o caso presente.

Ademais, a fração empregada também é admitida no c. Superior Tribunal de Justiça [...]"

Na hipótese, houve fundamentação idônea a lastrear o valor fracionário utilizado em patamar diverso à 1/6 (um sexto), em razão de que o paciente é **reincidente específico**, circunstância essa que possibilita o agravamento da pena no patamar estabelecido pelas instâncias originárias, não

Superior Tribunal de Justiça

havendo falar em constrangimento ilegal sua fixação em 1/3 (um terço).

Vejamos:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXASPERAÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6 NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE, COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a multireincidência constitui justificativa idônea para acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena.

6. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores [...]" (HC 344.262/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 2/5/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. LEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É razoável a fixação da pena-base do crime de roubo 8 meses acima do mínimo legal ante os maus antecedentes do réu, principalmente ante a reiteração no cometimento de crime

Superior Tribunal de Justiça

de natureza patrimonial, com violência ou grave ameaça contra pessoa.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

[...]

(HC n. 258.693/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 28/3/2016, grifei).

Desta forma, o v. acórdão combatido está em consonância com a legislação de regência e o entendimento desta eg. Corte, não se vislumbrando flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.**

P. I.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator