

HABEAS CORPUS Nº 492.608 - RS (2019/0037921-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : MELISSA TORRES SILVEIRA - RS046237
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DEJAIR RODRIGUES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DEJAIR RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0317114-39.2018.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 8/28).

Irresignadas, as partes interpuseram recursos de apelação, sendo improvido o apelo ministerial e parcialmente provido o defensivo para reduzir a pena-base ao patamar mínimo legal, razão pela qual a pena definitiva do paciente foi redimensionada para 5 anos de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 149/170). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. CORRUPÇÃO DE MENOR. RECURSO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. PRELIMINAR REJEITADA.

NULIDADE. DESENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS (relatórios sobre dados extraídos do telefone celular). 1. O telefone celular do adolescente foi apreendido em contexto de flagrante delito e a autorização judicial para acesso aos dados foi deferida no procedimento que tramitou no Juizado da Infância e Juventude. Todavia, tal informação veio aos autos

somente depois de sentenciado o feito. Antes do encerramento da instrução, o Ministério Público apenas juntou documentos referentes a relatórios de extração de mensagens, sem postular o compartilhamento de provas, tampouco juntar a autorização judicial da quebra do sigilo, sequer mencionar a existência da autorização. Neste contexto, foi encerrada a instrução. Embora possível o aproveitamento de prova emprestada, adequada, no caso, a decisão do magistrado singular de ilicitude da prova, pois, ausente nos autos autorização para acesso aos dados, não restou esclarecido ao tempo oportuno o contexto em que foi obtida, tampouco demonstrada a legalidade. 2. Com relação aos documentos das fls. 158/161, de igual forma, adequada a decisão do juízo singular. Nos termos do artigo 231 do CPP, em qualquer fase do processo as partes poderão apresentar documentos, ressalvados casos expressos de lei. A defesa tomou ciência da documentação e teve oportunidade de manifestar-se a respeito. Não há falar, então, em extemporaneidade, tampouco em cerceamento de defesa. Decisões mantidas.

TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO RÉU. A partir de informação específica acerca de entrega de drogas naquele beco, na averiguação os policiais visualizaram um veículo e a entrega de algo para o acusado. Solicitado reforço, não lograram êxito em deter o veículo. O réu, que estava sentado ao lado de uma lixeira, ao perceber a polícia, dispensou uma sacola em direção ao lixo, na qual havia um tijolo de maconha, pesando cerca de 209,34 gramas. Com o adolescente, encontraram 04 pedras de crack, pesando cerca de 0,96 gramas. A versão do réu restringe-se à corriqueira tese de “enxerto”. Narrativas dos policiais unânimes. Condenação mantida.

CORRUPÇÃO DE MENOR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Embora estivesse na companhia do réu, as circunstâncias da abordagem e a prova judicial não permitem concluir sobre a participação do adolescente na prática delituosa. Absolvição mantida.

PENA. 1. Redução da pena-base ao mínimo legal. Exasperação afastada, pois fundamentada em elementos não aptos para tanto. 2. O réu ostenta, além do presente processo, outra condenação ainda não definitiva por tráfico de drogas, por fato anterior. O histórico criminal aliado às circunstâncias do fato leva à conclusão de dedicação a atividades criminosas, fator impeditivo do reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

REGIME. O magistrado singular apresentou motivação concreta ao fixar regime mais gravoso. A jurisprudência da Corte Superior é firme em considerar a quantidade de drogas

como elemento apto a justificar regime mais gravoso, ainda que não tenha sido usada para exasperar a pena-base. Regime mantido.

**RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO.
RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.**

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/6), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que fixou o regime inicial fechado sem fundamentação idônea. Afirma que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação não supera 8 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para inicial semiaberto.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

No caso, o Tribunal *a quo* reduziu a pena do paciente para 5 anos de reclusão e multa, mas manteve o regime inicial fechado estabelecido na sentença, conforme segue (e-STJ fls. 168/169):

O magistrado singular apresentou motivação concreta ao fixar regime mais gravoso (inicial fechado). Transcrevo, por

oportuno, trecho da sentença: “[...] tenho que não basta a análise isolada do quantum de pena à fixação do regime inicial, mas sim dos demais elementos, incluindo a quantidade de entorpecente e o indicativo do exercício em larga escala da atividade ilícita, situação que a meu sentir justifica a fixação do regime inicial fechado ao cumprimento da pena [...]”.

A quantidade de drogas não pode ser tida por pouco significativa, a revelar potencial disseminação após fracionamento.

A jurisprudência da Corte Superior é firme em considerar a quantidade de drogas como elemento apto a justificar regime mais gravoso, ainda que não tenha sido usada para exasperar a pena-base.

Assim, não obstante o quantum de pena, bem como as vetoriais do artigo 59 tenham sido favoráveis, as circunstâncias do fato a considerar a quantidade de drogas, que não pode ser tida por pouco significativa, a evidenciar maior gravidade, justifica a manutenção de regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado.

Extraí-se da transcrição supra que o estabelecimento do regime prisional mais gravoso baseou-se na quantidade de drogas que foram apreendidas com o paciente.

Entretanto, a quantidade de entorpecentes apreendidos – 209g de maconha e 0,96g de crack – não é significativa para, de forma isolada, ensejar o recrudesimento do regime prisional, ao menos em princípio.

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, com análise favorável das circunstâncias judiciais e condenado a pena que não excede 8 anos de reclusão, além da não expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, em juízo perfunctório, entendo que o paciente faz jus ao regime intermediário.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo

de primeiro grau, solicitando-lhes informações, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

