RCD no HABEAS CORPUS Nº 445.335 - SP (2018/0084457-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
REQUERENTE	:	FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO	:	FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP338153
REQUERIDO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SANDRO VENEGAS (PRESO)
OUTRO NOME	:	SANDRO LUIZ MARQUES DOS SANTOS

DECISÃO

Às fls. 848/852 assim decidi:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Sandro Venegas** - preso em flagrante e acusado pela prática, em tese, do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (Processo nº 0000166-12.2017.8.26.0592) -, apontando-se como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem no HC nº 2029259-79.2018.8.26.0000, preservando a decisão indeferitória de instauração de incidente de dependência toxicológica proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Bastos/SP, nos autos da ação penal nº 0000166-12.2017.8.26.0592. Eis a ementa (fl. 413):

> *Habeas corpus* - Tráfico de entorpecentes - Paciente preso em flagrante com um 'tablete' de maconha (52,92g) - Pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica indeferido pelo Juízo de Primeiro Grau - Decisão fundamentada que deve prevalecer - Instauração do aludido incidente que não constitui direito subjetivo do paciente, que decorre da avaliação, pelo magistrado, de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade de sua realização - Presença dos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP relativos à prova da existência do fato e indícios suficientes de autoria - Inviável a substituição da custódia por medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), as quais seriam inadequadas para obstar a persistência criminosa por parte do paciente (que é reincidente) - Inexistência de coação ilegal - Ordem denegada.

Nesta Corte Superior, o impetrante alega, em síntese, que o indeferimento da instauração do incidente de dependência toxicológica em face do paciente constituiu fonte de nulidade processual, por violação ao princípio da ampla defesa, já que a conclusão desse exame poderia ensejar eventual reconhecimento de sua inimputabilidade, pelos fatos a ele atribuídos na peça acusatória.

Ressalta, ademais, que *a análise da denúncia e dos depoimentos tanto na fase policial, como em Juízo, gera incerteza quanto à plena consciência do paciente Sandro Venegas* (fl. 4).

Aduz, por fim, que *em havendo se declarado o denunciado, já na fase inquisitorial, que era viciado (usuário), não há como indeferir o pleiteado exame de dependência toxicológica* (fl. 6).

Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do

paciente, para que aguarde o julgamento do *writ* em liberdade. No mérito, pretende *desconstituir a decisão de indeferimento da realização do exame de dependência toxicológica, ora vergastado, reconhecendo a NULIDADE PROCESSUAL e, por via de consequência, todos os atos processuais seguintes, sejam declarados nulos, em detrimento do princípio do devido processo legal e seus consectários: ampla defesa e o contraditório*(fl. 10). Subsidiaramente, pugna pela concessão da liberdade provisória ***ex officio***, ante a flagrante ilegalidade sofrida pelo paciente.

Mediante petição protocolizada sob o nº 00194004/2018, o impetrante requer que seja emendada a inicial, visando à correção de dados do paciente, para fazer constar o seguinte: ***SANDRO VENEGAS,*** *brasileiro, ajudante geral, portador do R.G. 001004256/MS e CPF 010.381.441-83, nascido em 06.04.1977, filho de IRACY VENEGAS, residente e domiciliado à Rua Domiciana Ribeiro Andrade, nº 75, bairro Vila Nova, na cidade de Bastos/SP - CEP 17.690-000* (fl. 424).

À fl. 427 proferi o seguinte despacho:

> Intime-se o impetrante para esclarecer, no prazo de 5 dias, se está correto o nº da Ação Penal constante à fl. 1 da inicial (00002173-36.2017.8.26.0637).
> Após, devolvam-se os autos.

Em 17/4/2018, o impetrante assim se pronunciou (fl. 430):

> [...]
> Inicialmente, a defesa pede humildes desculpadas (sic) pelo transtorno, na impetração do presente *mandamus*. Ao testamos (sic) novos programas de conversão do formato WORD para o PDF, houve um embaralhamento, da página inicial onde consta a qualificação.
> Feito o registro, a defesa informa que o **nº 0000166-12.2017.8.26.0592,** pertence ao processo do paciente do Sandro Venegas.
> A defesa acosta íntegra do processo atualizado até a presente data 17.04.2018, com objetivo da concessão da medida liminar.

Estes autos vieram a mim por prevenção do HC nº 439.065/SP, que restou indeferido liminarmente em 5/3/2018.

É o relatório.

Dúvidas não há sobre o caráter excepcional do deferimento de liminar em *habeas corpus*. Assim, há necessidade de se comprovar, de plano, patente ilegalidade a fim de se atender ao requerimento de urgência.

Sobre o tema, o Tribunal *a quo* consignou o seguinte (HC nº 2029259-79.2018.8.26.0000 - fls. 414/417 - grifo nosso):

> [...]
> SANDRO foi denunciado por violação ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 160/161).
> [...]
> Durante a tramitação da ação penal na vara de origem, a Defesa alegou que o paciente é usuário contumaz de drogas e requereu ao Juízo *a quo* a instauração de incidente de dependência toxicológica.
> Nada obstante, a diligência foi indeferida pelo d. Magistrado de Primeiro

Grau, nos seguintes termos (fls. 401/406):

> **"Da mesma sorte, o pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica merece indeferimento, visto que apresenta-se imprescindível nos casos em que os elementos de prova insertos nos autos apontem induvidosamente que o acusado seja dependente químico e que essa dependência venha comprometer sua saúde mental, fazendo com que não tenha ele a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Tal perícia presta-se, precipuamente, à verificação de eventual inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu nos termos do art. 45 da Lei nº 11.343/06, que levariam à isenção de pena".**
>
> **"Todavia, no caso presente, entendo desnecessária a medida, porquanto, ainda fosse o acusado dependente químico, pelo conjunto probatório dos autos, verifico que tal dependência não lhe afetou a capacidade de entendimento acerca dos supostos ilícitos que estava a praticar. Isso porque, conforme salientado pelo Ministério Público, durante o interrogatório judicial, SANDRO afirmou que desde sua prisão ocorrida em 22 de julho de 2017 está sem fazer uso de drogas e não sofreu nenhuma crise de abstinência, demonstrando coerência e firmeza no raciocínio".**

O **r. decisório, motivado, deve prevalecer**.

A realização do exame pretendido na impetração não constitui direito subjetivo do acusado, devendo o incidente ser instaurado segundo a avaliação de circunstâncias concretas que indiquem ao magistrado a sua necessidade.

No caso destes autos, o exame pericial foi indeferido porque o d. Julgador não se convenceu da suspeita de que SANDRO tinha sua capacidade intelectiva e de autodeterminação comprometidas na ocasião dos fatos descritos na peça acusatória.

Ora, uma vez não demonstrada a efetiva necessidade de submissão do paciente a exame pericial de dependência químico-toxicológica, o seu indeferimento era mesmo de rigor, não sendo fonte de coação ilegal.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *[-] Firmou-se na jurisprudência desta Corte o entendimento no sentido de que a mera alegação de que o acusado é usuário de substâncias entorpecentes, por si só, não justifica a realização do exame de dependência toxicológica, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, mormente quando há dúvida a respeito do seu poder de autodeterminação, circunstância não verificada nos autos [-]. Na espécie, foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa do exame pretendido pela Defensoria Pública em audiência de instrução e julgamento, não tendo ela, com base nos depoimentos colhidos em juízo, demonstrado a imprescindibilidade da perícia requerida para atestar se os acusados seriam ou não imputáveis, o que impede o reconhecimento da eiva suscitada na impetração. (HC 336.757/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 14/12/2015)*

A propósito, também merece aqui consignar o judicioso parecer lavrado às fls. 420/425 pelo sempre preciso Dr. Marco Antônio Garcia Baz, o Procurador de Justiça oficiante, segundo o qual,

> "De mais a mais, a circunstância do paciente se declarar usuário de droga não leva, necessariamente, à obrigatoriedade da realização do exame enfocado. A necessidade dessa perícia deve ser aferida em cada caso pelo Magistrado, como bem deliberado no indeferimento do exame na presente hipótese. É que "[...] a instauração do incidente de dependência não é uma compulsão, mas uma providência a cargo do prudente arbítrio do juiz se, a prova indicária duvidar da

> normalidade psíquica do acusado em razão do uso de psicotrópicos" 9TJSP, Ap. Crim. 325.138-3/0 São Paulo - voto 6947)".
> [...]
>
> Pois bem. Sob esta moldura, o acórdão hostilizado não ostenta ilegalidade manifesta, perceptível *primus ictus oculi*, o que exclui o ***quantum*** de evidência da plausibilidade jurídica do pedido, necessário ao acolhimento do pleito cautelar ***initio litis***.
>
> Ao Colegiado cabe, por prudência, o exame do *thema decidendum.*
>
> **Indefiro**, portanto, a liminar.
>
> Solicitem-se informações à autoridade tida coatora e ao Juízo da Vara Única da comarca de Bastos/SP sobre os fatos alegados na inicial, notadamente acerca do atual andamento da ação penal e, com estas, abra-se vista ao Ministério Público Federal.
>
> Após, devolvam-se os autos.
>
> Publique-se.

Prestadas as informações (fls. 857/859 e 864/871), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 873/875).

Mediante petição protocolizada sob o n. 00062592/2019, o impetrante requer ***a reconsideração da decisão de indeferimento da medida de urgência*** (fl. 880), ao argumento de excesso de prazo na formação da culpa.

É o relatório.

O fundamento ora trazido para embasar o pedido de reconsideração, qual seja, excesso de prazo na formação da culpa, não foi objeto de debate e discussão pelo Tribunal de origem, o que impossibilita a análise diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. A propósito: RHC n. 104.711/RS, minha Relatoria, Sexta Turma, DJe 4/2/2019, HC n. 476.271/PA, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019 e HC n. 409.179/ES, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19/12/2018.

Nesse contexto, **indefiro** o pleito reconsideratório.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator