HABEAS CORPUS Nº 503.027 - RJ (2019/0098960-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
		LUIS ANTONIO SANTOS DE OLIVEIRA - RJ055055
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	DIEGO FERREIRA

DECISÃO

Trata-se *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DIEGO FERREIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0007079-28.2017.8.19.0067, relatora a Desembargadora Katia Maria Amaral Jangutta).

Consta dos autos ter sido o paciente condenado à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 1.399 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, **ante a apreensão de 280g (duzentos e oitenta gramas) de maconha e de 119g (cento e dezenove gramas) de cocaína** (e-STJ fls. 9/10).

Irresignada, a defesa ingressou com recurso, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, rejeitado a preliminar e, por maioria, dado parcial provimento ao apelo nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 64/66):

> *APELAÇÃO. Artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei 11.343/06. Condenação. Agente preso em flagrante porque, livre e conscientemente, trazia consigo e transportava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, 280 gramas de cannabis sativa l., prensados em 80 tabletes, acondicionados em pequenos sacos, e 119 gramas de cloridrato de cocaína, distribuídos em 58 pequenas cápsulas cilíndricas, confeccionadas de plástico incolor e com tampas, ostentando a inscrição "BALADÃO R$5,00 COMPLETO DE P.L V.S C.B.A". E ainda, em data que não se pode precisar, mas até 12/04/2017, com vontade livre e consciente, associou-se, de forma estável e permanente, a indivíduos não identificados para o fim de praticar o crime de tráfico de entorpecentes. RECURSO DEFENSIVO. Preliminar. Nulidade do processo por inépcia da denúncia quanto ao crime de associação para o tráfico. Mérito. Absolvição, por ambos os delitos. Redução das penas-base aos mínimos legais. Aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, na fração máxima. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*
>
> *1 - Questão prévia que se rejeita. Se a denúncia preenche os*

requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, eis que descreve conduta em tese tipificada em lei como criminosa, bem com suas circunstâncias, tendo sido, ainda, elaborada com base nos elementos que os autos ofereciam à ocasião, não se exigindo que, no momento da deflagração da ação penal, todos eles fossem conhecidos, mas, apenas que, permitissem o oferecimento da acusação e o exercício da ampla defesa, como ocorreu, não há como considerá-la inepta. Ademais, conforme disposto no artigo 563, do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a Acusação ou para Defesa.

2 – A ausência de dúvidas acerca da materialidade e da autoria do crime de tráfico, à vista da segura prova oral produzida, além da quantidade e variedade de drogas apreendidas, embaladas para venda, somadas às demais circunstâncias da prisão, indicam destinavam-se as drogas ao tráfico ilícito, elementos suficientes a invalidar o pedido de absolvição pelo delito do artigo 33, da Lei 11.343/06. Aplicação da Súmula 70, desse Tribunal.

3 - Para a configuração do crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06 é imprescindível a verificação do elemento subjetivo do tipo, qual seja o animus associativo, consubstanciado na convergência de vontade dos agentes em se unirem de forma reiterada ou não, com a finalidade de exercer o referido comércio, o que, no caso concreto, ficou evidentemente comprovado. Em que pese a falta de identificação de terceiras pessoas envolvidas com o ora apelante, a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, alguns com inscrições, além das circunstâncias da prisão, indicam que o réu exercia tarefa específica na atividade ilícita que praticava, com exploração do tráfico de drogas junto à facção criminosa "Comando Vermelho", conforme os depoimentos dos agentes da lei, pelo que, configurada a necessária affectio societate com os integrantes do grupo criminoso.

4 – Penas-base do crime de tráfico ilícito de drogas que não comportam qualquer reparo. Por isso que, o artigo 42, da Lei nº 11343/06, prevê critérios específicos para a fixação da pena na primeira etapa da dosimetria, ao dispor que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente", revelando que, a qualidade e a quantidade do material entorpecente encerram aspectos preponderantes na fixação das penas-base, justamente por revelar uma perspectiva de larga mercancia vil, de intensa lesividade para a saúde pública e para a sociedade em geral. Entretanto, os mesmos fundamentos foram empregados na fixação das penas-base do crime de associação para aquele fim, configurando bis in idem, pelo que se as reduz aos mínimos legais, à falta de outros embasamentos contidos na sentença.

5 – O artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 é claro quanto aos requisitos para se operar a redução das penas, referindo-se, não somente, à primariedade e bons antecedentes do agente, mas, também, ao seu não envolvimento em atividade ou organização criminosa e, na presente hipótese, o acusado não os preenche em sua integralidade,

não obstante sua primariedade. Note-se que, o réu não produziu qualquer prova de efetivo exercício de atividade laborativa lícita, além de que, restou evidenciado o seu envolvimento em atividade criminosa, ligado ao "Comando Vermelho".

6 – A reprimenda concretizada, superior a 4 anos, por si só, constitui óbice à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO.

Certificado o trânsito em julgado, foi ordenada a baixa e o arquivamento dos autos.

Narra a impetrante "que a falta da abertura de vista para lançamento do voto vencido e, principalmente, da necessária publicação e vistas para o Ministério Público e Defensoria Pública, impedem o trânsito em julgado de decisão colegiada" e que, "por tais motivos, em 14.02.2019, a Secretaria da Segunda Câmara Criminal, verificando o equívoco, por e-mail, solicitou a devolução do processo para regularização, aduzindo não ter havido o trânsito em julgado uma vez que não ocorreu a publicação do voto vencido" (e-STJ fl. 4).

Noticia que, todavia, o relator manteve a certificação do trânsito em julgado contra o que foi interposto agravo regimental, o qual foi improvido.

No presente *writ*, sustenta a impetrante "patente ilegalidade por violação aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa, uma vez que não foi publicado o teor do voto vencido que beneficiava o paciente, tampouco foi intimado o Defensor Público de Classe Especial - natural para a defesa de processos no Tribunal - razão pela qual não foi possível que se manejasse o recurso cabível em benefício do réu por equívoco do Poder Judiciário, o que foi reconhecido pela própria Secretaria da autoridade coatora" (e-STJ fl. 5).

Aduz que "a ausência de publicação e da intimação da Defesa para conhecimento do teor do voto vencido, trouxe patente prejuízo ao paciente, que não teve aberta para si a oportunidade de ver prevalecer o posicionamento minoritário, que lhe absolvia de um dos delitos e diminuía sua reprimenda, fixando-lhe, ainda regime mais benéfico" (e-STJ fls. 5/6).

Alega que, "após a renúncia do patrono do paciente, foi a Defensora de

primeira instância equivocadamente intimada do acórdão e, antes mesmo que o Defensor de Classe Especial tomasse conhecimento do processo, foi certificado o seu trânsito em julgado. Outrossim, não há que se falar que descabe a lavratura do voto vencido, uma vez que a sua publicação municia a comunidade jurídica de fundamentos que, embora não constituam a razão de decidir do colegiado, 'têm o condão de instigar e ampliar a discussão acerca das questões julgadas pelas Cortes brasileiras e pode, inclusive, sinalizar uma forte tendência do tribunal à mudança de posicionamento'. Esses argumentos foram recentemente adotados pela Terceira Turma desse E.STJ, no REsp n° 1.729.143/PR, no qual foi reconhecida a nulidade do acórdão em virtude da falta de juntada do voto vencido" (e-STJ fls. 6/7).

Destaca "que o acórdão sem a totalidade dos votos declarados é absolutamente nulo, devendo ser republicado após a juntada de todos os votos declarados, abrindo-se novo prazo para eventual interposição de recurso pelas partes. Tal defeito pode ser reconhecido de ofício por essa Corte Superior, uma vez que possui caráter absoluto, não podendo ser alcançado pela preclusão. Ademais, repise-se que a falta de intimação do Defensor de Classe Especial representa outra nulidade da decisão que pôs fim ao processo, razão pela qual inadmissível a sua manutenção" (e-STJ fls. 6/7).

Busca, inclusive liminarmente, seja reconhecida "a nulidade da decisão que certificou o trânsito em julgado, com a publicação do voto vencido e suas devidas intimações" (e-STJ fl. 8).

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Assim, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos, sem o que não há como se verificar o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **indefiro a liminar**.

Solicitem-se informações ao Tribunal de origem acerca, sobretudo, das nulidades aqui arguidas, ressaltando-se que esta Corte Superior deverá ser informada de qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto deste expediente.

Requeira-se, ainda, senha para acesso aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do Conselho Nacional de Justiça.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator