HABEAS CORPUS Nº 501.524 - SP (2019/0089858-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	MARCO ANTONIO ARANTES DE PAIVA
ADVOGADO	:	MARCO ANTÔNIO ARANTES DE PAIVA - SP072035
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ROMER GUTIERREZ QUEZADA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ROMER GUTIERREZ QUEZADA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime fechado, mais pagamento de 666 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e à pena de 3 anos de reclusão e 00 dias-multa, pela prática do delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Impetrado *habeas corpus* na origem, o Tribunal denegou a ordem nos termos da seguinte ementa:

> "Habeas Corpus com pedido de liminar – Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para esse fim - Sentença condenatória - Denegação do direito de recorrer em liberdade e regência carcerária - Decisum fundamentada - Pacientes que permaneceram presos desde a conversão de suas prisões em flagrante em preventiva, motivada pelas circunstâncias do caso concreto (agentes previamente associados entre si e com os corréus, que guardavam cerca de **100 kg de cocaína**, para fins de mercancia) - Custódia cautelar que se faz necessária para a garantia da ordem pública e para a aplicação da lei penal, nos termos do art.
> 312, do CPP - Regime prisional (fechado) fixados com esteio nas circunstâncias dos delitos (CP, 33, §3º, e 59, III) - Ausência de error in procedendo ou error in judicando - Constrangimento ilegal não verificado – Precedentes do STJ e do STF - Ordem denegada." (e-STJ, fl. 459)

Neste *writ*, alega o impetrante, em suma, ser de "fácil verificação, sem o revolvimento de provas, a inexistência de indicação pela R. Sentença, de elementos concretos suficientes a demonstrar a existência da associação, contrariando "ipso facto", a remansosa jurisprudência desta Corte" (e-STJ, fl. 9)

Assevera que a quantidade da droga foi considerada na primeira fase, para aumentar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, acarretando inegável *bis in idem.*

Aduz que a prova carreada à sentença é insuficiente à conclusão de que o paciente se dedicasse a atividades criminosas.

Argumenta que "O entendimento desposado pela R. Sentença, de que “basta a existência de duas pessoas, não se exigindo mais a permanência associativa para a caracterização do crime (...) estável ou não (...)”, não deve ser acolhido, na medida em que, afronta a doutrina e a jurisprudência pátria" (e-STJ, fl. 14)

Requer, assim, a absolvição do paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, bem como a aplicação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 846-847).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 849-854).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Extrai-se dos autos que o Tribunal de origem denegou a ordem, pelos seguintes fundamentos:

> "Conquanto se admita, em tese, a possibilidade de invalidação e modificação de sentenças penais condenatórias, via habeas corpus, tais providências só teriam lugar, por evidente, em hipóteses excepcionais, caso fosse possível constatar, de pronto, independentemente de exame aprofundado e valorativo de fatos e provas, a existência de flagrante error in procedendo ou error in judicando, causador ou, quando menos, passível de causar constrangimento ilegal.
> *In casu*, porém, a decisum ora hostilizada está suficientemente fundamentada e atende, de forma satisfatória, à exigência prevista nos artigos 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal, e nos artigos 283, caput, 315, e 387, §1º, do Código de Processo Penal, inclusive no que tange à imposição de regime prisional fechado para o início da expiação, sobretudo diante das circunstâncias do caso concreto, as quais evidenciam a inequívoca periculosidade dos pacientes, pois, previamente associados entre si e com os corréus, guardavam cerca de 100 (cem) kg de cocaína, para fins de mercancia, isto é, venda, distribuição ou entrega ao consumo de terceiros.
> Destarte, emerge inegável que, ao reverso do que se sustenta, a sentença está em consonância com o disposto nos artigos 33, caput e § 3º, e 59, caput e inciso III, do Código Penal, não se vislumbrando - ao menos de pronto, sem a necessidade do revolvimento do conjunto fático-probatório (impossível de ser concretizado nesta estreita via, frise-se) - violação a qualquer preceito constitucional ou infraconstitucional atinente à individualização da pena, tampouco a qualquer súmula dotada de efeito vinculante.
> Portanto, não há se cogitar de concessão de habeas corpus para o fim de modificar a decisão ora vergastada também no que concerne à denegação do direito dos pacientes de apelarem em liberdade, mesmo porque, embora primários, responderam aos termos da ação penal custodiados, desde o princípio, certo que, após a edição do decreto condenatório não se entrevê nada que acene no sentido de que tenham desaparecido os fundamentos que embasaram a

conversão de suas prisões em flagrante em preventiva, nos termos do artigo 316, do Código de Processo Penal.
Sobre o tema, confira-se, aliás, o seguinte precedente do STJ:
[...]
Acrescente-se que, conforme se antecipou por ocasião do indeferimento do pedido de liminar, a legalidade e a imprescindibilidade da manutenção dos pacientes no cárcere foi reconhecida por esta C. Câmara, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 2148728-56.2017.8.26.0000, ocorrido em 14.9.2017, do qual também fui relator, cujo v. aresto (fls.) realçou a presença dos requisitos relacionados no artigo 312, do Código de Processo Penal, também confirmada, aliás, pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 418.453/SP), pois manteve a segregação cautelar por decisão prolatada nos seguintes termos, verbis:

> (...) Como se vê, a constrição cautelar encontra-se suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, pois bem fundamentada em face da gravidade concreta do delito e da periculosidade dos agentes.
> Isso porque, a prisão em flagrante dos pacientes foi precedida de duradoura investigação criminal e ensejou a apreensão de aproximadamente 100 quilos de cocaína.
> (...)
> [...]

No mais, não há como desconsiderar que o habeas corpus, remédio constitucional de rito especial e sumaríssimo, não constitui a via apropriada para a veiculação de questões que demandam, inevitavelmente, o exame aprofundado de fatos e provas, tais quais as demais relacionadas pelo i. impetrante quanto à individualização da pena, cuja análise será efetivada, oportunamente, quando do julgamento das apelações já interpostas pelos pacientes.
Portanto, a denegação da ordem é imperativa porque não se verifica, na espécie, a suposta coação ilegal aventada na inicial.
Por tais razões, DENEGA-SE A ORDEM." (e-STJ, fls. 460-463)

Irresignada, a defesa interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento nos seguintes termos:

"Insurge-se o agravante contra a seguinte decisão:

> (...) 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em prol de ROMER GUTIERREZ QUEZADA, condenado a nove anos e oito meses de reclusão, em regime fechado, e a mil e trezentos e sessenta e seis dias-multa, no piso, por infração ao disposto nos artigos 33, caput, e 35, caput, da Lei nº 11.343/06.
> Aduz o i. impetrante, em apertada síntese, que o constrangimento ilegal de que está a padecer o paciente advém de parcela da decisum que, mediante fundamentação insuficiente e inadequada, majorou as reprimendas na primeira fase da dosimetria;
> afastou a aplicação do redutor previsto no §4º, do artigo 33, de referida lei; e fixou o regime fechado para o início da expiação, a despeito da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.
> Aduz, ainda, a insubsistência da condenação do paciente no que tange ao delito de associação para o tráfico, mesmo porque não se

demonstrou o vínculo de estabilidade e permanência ínsito ao tipo penal em tela.

Requer, portanto, (...) que não seja não seja conhecida a causa de aumento, pela sua generalização, ou que se reconhecido, seja aplicado o aumento de apenas 1/6 para a condenação por tráfico de entorpecentes, bem como a aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, e concedido o regime aberto para o cumprimento da pena, pela inexistência de circunstancias judiciais desfavoráveis, absolvendo-se o paciente da acusação de associação para o tráfico, pela inexistência de demonstração pela R. Sentença de estabilidade e permanência dos acusados e o ora paciente (...), sic.

2. De início, cumpre consignar que, com relação a tudo que se aventou acerca da regência carcerária imposta ao paciente, a impetração sequer comporta conhecimento, pois constitui, no particular, mera reiteração do Habeas Corpus n o 2070020-55.2018.8.26.000, do qual também fui relator, em cujo julgamento - concretizado aos 14.6.2018 -, esta C. 5ª Câmara de Direito Criminal concluiu que a decisum ora hostilizada está fundamentada e atende, de forma satisfatória, à exigência constante do artigo 93, IX, da Constituição Federal, na parcela concernente à fixação do regime fechado para o início da expiação (v. acórdão reproduzido por cópia a fls.).

3. No mais, indefiro o pedido de liminar, por não vislumbrar, de plano, o fumus boni iuris, vale dizer, elementos da impetração que revelem, prima facie, o constrangimento ilegal aventado na petição inicial, máxime porque a sentença ora questionada (fls. 265/282), ao reverso do que se sustenta, apresenta-se suficientemente motivada e em consonância com o acervo de provas coligido durante a *persecutio criminis*, sem desconsiderar que a dosimetria, ao menos numa análise perfunctória que é permitida nesta estreita via, foi aplicada de acordo com os parâmetros previstos em lei, não se cogitando, assim, de decisão teratológica, ilegal ou arbitrária, passível de pronta cassação, verbis:

(...) Atento as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, observo que o réu ROMER é primário e não ostenta maus antecedentes; porém, considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida (cocaína), substância que causa efeitos nefastos à saúde, a reprimenda deve ser fixada em patamar superior ao mínimo, aumentada de 1/3 (um terço); assim, fixo a pena-base pelo crime de tráfico de entorpecentes em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

Na segunda fase de dosagem da pena, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Ausentes causas de aumento ou de diminuição, torno a pena acima definitiva. Registre-se não ser o caso de se reconhecer a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4°, da Lei n° 11.343/06, tendo em vista a quantidade exagerada de droga encontrada com o acusado, o que demonstra seu envolvimento com atividades ilícitas, não se tratando de "traficante pequeno".

A pena referente ao crime de tráfico de entorpecentes será cumprida inicialmente em regime fechado, observado o disposto no artigo 33, § 1o, a do Código Penal, e no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07.

Como são parcas as informações acerca da situação financeira do réu, por isso, arbitro o valor do dia-multa no seu mínimo legal, calculado sobre o salário mínimo da data dos fatos e atualizado até o dia do

efetivo pagamento.
Atento as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, observo que o réu ROMER é primário e não ostenta maus antecedentes, razão pela qual fixo a pena-base pelo crime de associação para o tráfico de entorpecentes no mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.
Na segunda fase de dosagem da pena, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.
O réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade, por força de disposição expressa no artigo 44 da Lei 11.343/06.
A pena referente ao crime de associação ao tráfico será cumprida inicialmente em regime fechado, observado o disposto no artigo 33, § 1o, a, do Código Penal, e no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07.
Como são parcas as informações acerca da situação financeira do réu, por isso, arbitro o valor do dia-multa no seu mínimo legal, calculado sobre o salário mínimo da data dos fatos e atualizado até o dia do efetivo pagamento.
Como são delitos realizados através de mais de uma conduta, inafastável o concurso material previsto no art. 69 do Código Penal, razão por que as penas devem ser somadas.
(...) sic, grifei.
4. Ressalte-se, por fim, que o *habeas corpus* não constitui a via adequada para a veiculação de questões que, tais quais as agitadas pelo i. impetrante, respeitantes ao mérito da ação penal, demandam, inevitavelmente, o exame aprofundado de fatos e provas.
5. Requisitem-se informações e, após, abra-se vista à d. Procuradoria Geral de Justiça.
(sic, fls. 437/439).

Diante disso e do que mais dos autos consta, o desprovimento do presente agravo regimental é imperativo porque não se faz presente, na espécie, o *fumus boni iuris*, vale dizer, elementos da impetração que revelem, pronta e inequivocamente, o suposto constrangimento ilegal aventado na petição inicial, a autorizar, em caráter excepcional, a concessão da tutela de urgência ora reiterada, mesmo porque, na esteira do que se asseverou na decisão hostilizada, a *decisum* questionada (sentença condenatória) está muito bem fundamentada, inclusive na parcela que dispôs sobre a dosimetria e a o regime prisional, aplicados, aliás, de acordo com os parâmetros previstos em lei.
Registre-se, por fim, que, embora se admita, em tese, a possibilidade de invalidação e modificação de sentenças penais condenatórias, via *habeas corpus*, tais providências só teriam lugar, por evidente, em hipóteses excepcionais, caso fosse possível constatar, de pronto, independentemente do exame aprofundado e valorativo de fatos e provas, a existência de flagrante *error in procedendo* ou *error in judicando*, causador ou passível de causar constrangimento ilegal, o que, ao menos em sede de cognição sumária, não é o caso dos autos.
Por tais razões, NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL." (e-STJ, fls. 816-819)

Como se vê, no caso, o Tribunal de origem não conheceu do *writ* originário, em relação ao pedido de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas e de fixação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por entender

que o *habeas corpus* não era a via eleita adequada para a análise das matérias relativas à condenação, haja vista que tal apreciação demandaria aprofundado exame probatório do mérito da instrução, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade em detrimento da liberdade de locomoção, asseverando que tais questões serão analisadas, oportunamente, no julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa.

Dessa forma, verifica-se que a Corte *a quo*, legítima e motivadamente, deixou de apreciar as questões, não só por considerar ilegítima a análise da tese em sede de *habeas corpus*, mas também por não vislumbrar ilegalidade flagrante, de forma que o mérito será ser analisado em sede de recurso próprio (apelação), tendo em vista a necessidade de dilação do conjunto fático-probatório.

Ademais, é firme o entendimento desta Corte no sentido de que está impedida de analisar questões que não tenham sido debatidas pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância, como é o caso dos autos, sendo certo que, primeiramente, deve haver o conhecimento da controvérsia pela Corte *a quo*, para então ser aferida a competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, II, "a", da Constituição Federal, o que não impede o conhecimento de ofício por este Tribunal, para determinar que a autoridade coatora examine o mérito da questão, desde que presente flagrante ilegalidade que possa estar restringindo o direito de liberdade do paciente, o que não é o caso.

Nesse sentido:

> "RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE AGENTE INFILTRADO. DISCUSSÃO ACERCA DA LICITUDE DAS PROVAS. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. O recurso de apelação detém efeito devolutivo amplo, cujo âmbito de cognição permite que o tribunal *ad quem* examine, com profundidade, todo o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal. Assim, em princípio, a apelação é a via processual adequada para a impugnação de sentença condenatória recorrível, pois é esse recurso que devolve ao tribunal o conhecimento amplo de toda a matéria dos autos, permitindo a reapreciação de fatos e de provas.
> 2. O Tribunal de origem deixou de conhecer do *habeas corpus* lá impetrado, não só porque o *writ* era substitutivo de recurso próprio (no caso, de apelação), mas também porque, ao analisar o tema trazido na inicial da impetração, não evidenciou a ocorrência de nenhuma ilegalidade manifesta a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.
> 3. Não há, no ato aqui impugnado, teratologia ou *error in judicando* que justifiquem a concessão, *ex officio*, da ordem de *habeas corpus*, sobretudo porque, à primeira vista, a condenação do recorrente pelo crime de associação para o tráfico transnacional de drogas encontra-se alicerçada também em outros elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
> 4. Ainda que a sentença condenatória, no que se refere ao crime de associação para o tráfico de drogas, esteja apoiada em provas remetidas pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal de Portugal - as quais foram obtidas por intermédio de infiltração de um agente de nacionalidade portuguesa no País (com pseudônimo de

Antonio) -, não se pode olvidar que a análise, por este Superior Tribunal, da alegada ilicitude dessas provas relacionadas à medida cautelar de infiltração, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação pela Corte regional, implica, efetivamente, ostensiva supressão de instância.
5. Recurso em *habeas corpus* não provido."
(RHC 47188/RJ, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 30/3/2015)

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. PRELIMINAR SUSCITADA PELO MPF. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES AO RECURSO ORDINÁRIO. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OBJETO DO RECURSO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 E CONSEQUENTE ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE DE EXAME. MATÉRIA IMPUGNADA POR MEIO DE RECURSO DE APELAÇÃO. AMPLO EFEITO DEVOLUTIVO. DESNECESSIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO DO *WRIT* ORIGINÁRIO. RECURSO NÃO CONHECIDO.
[...]
2. O recurso interposto revela deficiência de fundamentação, pois o recorrente limitou-se a repetir a existência de ilegalidade na dosimetria, regime prisional e negativa de substituição, sem impugnar o único fundamento utilizado pela Corte de origem para 'denegar a ordem', qual seja, a impropriedade da via eleita.
3. Ademais, para se aferir a competência do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a matéria questionada tenha sido analisada pela Corte de origem, consoante dispõe o art. 105, II, da Constituição Federal, sob pena de configurar indevida supressão de instância. Precedentes.
4. Por fim, consigne-se que a defesa efetivamente interpôs recurso de apelação, o qual encontra-se pendente de julgamento na Corte de origem, oportunidade em que todas as ilegalidades apontadas em sede mandamental serão ampla e exaustivamente analisadas. Dessa forma, interposto o recurso próprio, com amplo efeito devolutivo, inexiste constrangimento ilegal capaz de ensejar a concessão de ordem de *habeas corpus*, de ofício, para que a autoridade impetrada julgue o mérito do remédio constitucional então impetrado. Precedentes.
5. Recurso ordinário não conhecido."
(RHC 62121/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/11/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator