HABEAS CORPUS Nº 501.115 - SC (2019/0088181-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	MARILUCI RAMOS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

NULIDADE. TRÁFICO DE DROGAS (14,2 G DE *CRACK* E 1,011 KG DE MACONHA). NEGATIVA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. PEDIDO EXTEMPORÂNEO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO. NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.
Writ indeferido liminarmente.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Mariluci Ramos dos Santos**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou provimento à apelação interposta pela paciente (fls. 319/351 – Apelação Criminal n. 0003861-04.2017.8.24.0018), mantendo sentença – prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Chapecó/SC, que a condenou a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e a 583 dias-multa (fls. 212/225) – pela prática do crime de tráfico de drogas (14,2 g de *crack* e 1,011 kg de maconha – fls. 86/87).

Na presente impetração, alega-se constrangimento ilegal consistente em nulidade decorrente de cerceamento de defesa, em razão do indeferimento de produção de provas testemunhais, e na dosimetria da pena, pela exasperação da pena-base por negativação das circunstâncias do delito.

Sustenta a impetrante que [...] *o prejuízo advindo de tal indeferimento é patente. Assim, requer seja reconhecido o cerceamento de defesa, com o fim de assegurar a ampla defesa e o contraditório, anulando-se a decisão que indeferiu e o posterior acórdão que manteve o indeferimento do pleito defensivo. E, assim,*

reabrindo-se a instrução do feito, com o fim de que as testemunhas de defesa outrora indicadas possam ser ouvidas (fl. 12).

Aduz, ainda, que [...] *não há razão para o aumento da pena-base exclusivamente em razão da natureza/variedade da droga, seja pela ausência de embasamento científico, seja especialmente pela ínfima quantidade apreendida, equivalente a de um mero usuário* (fl. 17).

Postula, então, a concessão liminar da ordem, para declarar a *nulidade da decisão pelo indeferimento da oitiva das testemunhas defensivas, abrindo-se nova oportunidade de oitiva em primeira instância* (fl. 18), e para *afastar a negativação da culpabilidade, fundamentada somente na natureza da droga, crack* (fl. 18).

Antes de analisar o pedido liminar, foram solicitadas informações (fls. 397/398), que foram prestadas pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Chapecó/SC (fls. 403/405) e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fls. 408/410).

É o relatório.

Busca a impetração a declaração da nulidade da decisão de indeferimento da produção de prova testemunhal, e dos atos subsequentes, e a revisão da dosimetria da pena imposta, com o afastamento da exasperação da pena-base.

Inicialmente, da análise dos autos, tem-se que o Magistrado singular indeferiu o pedido de produção de prova testemunhal, nos seguintes termos (fls. 158/159):

> Infere-se que em 29.09.2017, ou seja, após a data da audiência originalmente designada para a instrução e julgamento, a Defensoria Pública pugnou a substituição das testemunhas arroladas em comum à acusação, pugnando a intimação de três pessoas arroladas para que sejam inquiridas na audiência em continuação.
>
> Contudo, o requerimento não comporta deferimento, pois além de formulado a destempo, não há motivo de força maior que justifique a substituição.
>
> Conforme entendimento do STJ, a substituição de testemunhas na ação penal somente pode ser realizada no caso de não localização, morte ou enfermidade que impeça a oitiva [...]
>
> Ademais, no caso em apreço é importante notar que foram arroladas duas testemunhas em comum com a acusação. Como uma já foi ouvida, restaria a possibilidade de apenas uma inquirição em substituição, e não de três, conforme pretendido.
>
> De todo modo, pelos fundamentos suso expendidos, o requerimento deve ser indeferido.

Ademais, na sentença condenatória, sobre a pretensão mandamental, restou assim consignado (fls. 214/215 e 223):

> A acusada arguiu cerceamento de defesa, sustentando que depois de realizada a primeira parte da audiência de instrução, a Defensoria Pública requereu a oitiva de novas testemunhas, no entanto, o pedido foi indeferido sob o argumento de já ter sido ouvida uma das testemunhas arroladas em comum com a acusação e em razão do requerimento ter sido formulado de forma extemporânea, inexistindo motivo de força maior que justificasse a substituição.
>
> Portanto, requer seja reconhecido o cerceamento de defesa, com o fim de anular a decisão que indeferiu o pleito defensivo e reabrir a instrução do feito possibilitando a oitiva das testemunhas de defesa.
>
> Entretanto, tal pretensão não merece prosperar. Isso porque não houve qualquer mácula ao direito à ampla defesa e ao contraditório.
>
> Consoante se infere dos autos, a ré foi notificada pessoalmente para responder à acusação em 7 de junho de 2017 (fl. 73) e não constituiu defensor, motivo pelo qual a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina foi intimada para apresentar a defesa da acusada. Na defesa prévia (fls. 85/86), arrolou as mesmas testemunhas indicadas pela acusação, requerendo a oportuna substituição, se fosse necessária.
>
> No entanto, em 29 de setembro de 2017 (fl. 133), após a primeira testemunha ter sido ouvida na audiência de instrução e julgamento, a defesa apresentou novo rol de testemunhas, pleiteando a substituição das testemunhas arroladas em comum com a acusação. Contudo, o pleito foi indeferido, pois apresentado extemporaneamente, ocasionando-se, pois, a preclusão temporal do direito à produção da referida prova.
>
> [...]
>
> É inegável que existe a possibilidade excepcional da oitiva de testemunhas arroladas a destempo quando demonstrada sua imprescindibilidade, podendo ser ouvidas como testemunhas do juízo (art. 209 do CPP), entretanto trata-se de uma faculdade do magistrado e não um direito subjetivo da parte. Além disso, verifica-se que a defesa limitou-se à alegação genérica, deixando de apontar a real importância da oitiva das testemunhas no caso concreto.
>
> Logo, não havendo falar em cerceamento defesa, afasta-se a preliminar arguida.
>
> [...]
>
> Passo, doravante, à dosimetria da pena.
>
> No que tange às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e atento aos fatores preponderantes gizados no artigo 42 da Lei n. 11.343/06, verifico que a **culpabilidade** da ré, como grau de reprovabilidade de sua conduta, é normal à espécie. Não possui **antecedentes criminais**. Sua **conduta social** não foi apurada. Não há elementos nestes autos para se aferir sua **personalidade**. Dos **motivos dos crimes** não se tem notícia. As **circunstâncias do crime** indicam a necessidade de majoração da pena-base, pois além da diversidade de drogas, a acusada traficava crack, substância que é altamente destrutiva e muito facilmente induz dependência. Vale destacar que a natureza da substância deve ser sopesada com preponderância (art. 42, da Lei n. 11.343/06), daí porque a pena para delitos que envolvem cocaína, heroína e crack deve ser mais rigorosa que aquela aplicada para outros estupefacientes menos agressivos. As **consequências** do crime são inerentes ao tipo. Não há que se falar em **comportamento da vítima**, por inexistir sujeito passivo imediato.
>
> Considerando as circunstâncias supra analisadas e por haver um vetor negativo, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583

(quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Por sua vez, a Corte local, no julgamento da apelação interposta pela paciente, indeferiu o requerimento de declaração de nulidade e de redimensionamento da pena, aos seguintes fundamentos (fls. 326/330 e 342/346):

> **2 – Da preliminar de nulidade**.
> [...]
> De pronto, a tese não possui albergue, porquanto as testemunhas não ouvidas pelo primeiro grau foram arroladas a destempo e de forma injustificada, consoante o cotejo dos autos.
> Inicialmente, na resposta à acusação, a apelante arrolou as mesmas testemunhas indicadas pelo Ministério Público, requerendo a oportuna substituição, se necessário (fls. 85-86).
> Na sequência, o Juiz Substituto Guilherme Silva Pereira determinou a intimação e expedição de carta precatória para inquirição das testemunhas arroladas na denúncia e na defesa prévia, sem apreciar o pleito de modificação do rol (fls. 87-88).
> Posteriormente, a apelante arrolou novas testemunhas e pugnou a sua inquirição (fl. 133), pedido este que foi indeferido pelo Juízo (fls. 140-141), após manifestação contrária do Ministério Público do Estado de Santa Catarina [...]
> Destaca-se que a apelante não se insurgiu desta decisão no momento processual oportuno, sendo que *"se a oitiva da testemunha fosse de grande importância para a defesa do réu, caberia a ele pleitear sua produção, sob pena de preclusão"* (TJSC, Apelação Criminal n. 0000050-85.2017.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 10-07-2018).
> Encerrada a instrução do feito, foi determinada a apresentação de alegações finais (fls. 147-148), nas quais a defesa reiterou o pleito de reabertura da instrução do processo (fls. 187-193).
> Por fim, a sentença condenatória rechaçou o pedido [...]
> Com efeito, não há falar em cerceamento de defesa no caso.
> O magistrado corretamente indeferiu a substituição extemporânea e injustificada operada pela apelante.
> A uma, porque, sob pena de preclusão, as testemunhas devem ser arroladas no prazo para apresentação da defesa prévia, nos termos do art. 396-A do CPP [...]
> A duas, porque o juiz da causa pode indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º, do CPP), sendo-lhe facultada a ouvida de outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, em casos excepcionais e imprescindíveis [...]
> A três, porque não foi apresentada justificação plausível e singular para substituição integral das testemunhas após o início da instrução processual, isto é, a defesa não explicou de que forma as novas testemunhas poderiam contribuir para o esclarecimento dos fatos aqui processados, tampouco apontou para eventuais prejuízos que decorreriam da sua não inquirição.
> [...]
> Todavia, entende-se que tal circunstância não autoriza, por si só, o acolhimento do pedido. O cenário de acúmulo de trabalho do nobre Defensor Público não se amolda às hipóteses autorizadoras insertas no art. 451 do CPC/2015. De todo modo, justamente com vista dessa situação, o legislador conferiu à Defensoria Pública a prerrogativa de prazo em dobro para toda e qualquer manifestação (art. 128, I, da Lei Complementar n. 80/1994 c/c 186 do CPC/2015).

> Assim sendo, afasta-se a tese preliminar.
>
> [...]
>
> 4 – Da Dosimetria.
>
> No presente reclamo, a defesa visa afastar a circunstância judicial desfavorável reconhecida na primeira fase da dosimetria da pena, relacionada à natureza de droga apreendida com a apelante.
>
> [...]
>
> Vislumbra-se que, na primeira fase da dosimetria, a pena foi correta e proporcionalmente majorada em 1/6 (um sexto), em razão da circunstância judicial negativa reconhecida (aplicação do art. 42 da Lei de Drogas), partindo de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.
>
> Decidiu bem o magistrado, ao majorar a pena-base com fundamento no art. 42 da Lei de Drogas [...]
>
> Quanto à natureza do entorpecente, o Juízo de primeiro grau considerou a elevada potencialidade lesiva do crack apreendido (37 pedras), sem ponderar acerca da quantidade (fl. 205), e não há qualquer ilegalidade nesse ponto.
>
> [...]
>
> Com isso em vista, não prospera a asserção de incorreção da exasperação aplicada na sentença.
>
> Em arremate, não se constata a ausência de fundamentação idônea no tocante à majoração da reprimenda, na fração de 1/6 (um sexto), em razão da natureza do crack (tese que foi suscitada pela defesa). Sabe-se que "a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena" (STF, HC 120.283/SP, 1ª T., rela. Mina. Rosa Weber, j. 19-4-2014).

Ocorre que a pretensão mandamental não deve ser acolhida, uma vez que não encontra ressonância no entendimento desta Corte Superior. Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> [...]
>
> 2. A decisão pela oitiva de qualquer testemunha é discricionária do julgador, devendo ser considerada a necessidade da prova para a busca da verdade real. Assim, se a instância ordinária não constatou a necessidade de oitiva das testemunhas indicadas a destempo, para a formação de seu convencimento, não há que se falar em cerceamento de defesa. Outrossim, só se declara nulidade quando evidente, de modo objetivo, efetivo prejuízo para o acusado (art. 563 do CPP), o qual não restou evidenciado neste caso.
>
> 3. É facultado ao magistrado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte, o que não se verifica ter ocorrido na hipótese.
>
> [...]
>
> (HC n. 373.836/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/11/2016)
>
> INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO E AMPLIAÇÃO DE ROL DE TESTEMUNHAS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.
>
> 1. Nos termos do artigo 406 do Código de Processo Penal, na primeira fase do procedimento do júri o momento adequado para o arrolamento de testemunhas pelo Ministério Público é na denúncia, e pela defesa na resposta à acusação.

> 2. Uma vez indicadas pelas partes as pessoas que pretendem que sejam ouvidas em juízo, não se pode admitir a sua substituição no curso do processo sem que haja justificativas plausíveis, sob pena de se tumultuar a fase instrutória e desequilibrar a paridade que deve haver entre os sujeitos do processo. Doutrina. Precedentes.
>
> 3. Na espécie, o magistrado singular indeferiu a substituição e ampliação do rol de testemunhas arroladas pela defesa sob o argumento de que teria havido a preclusão consumativa, não se estando diante de situação excepcional apta a permitir a indicação de novos depoentes a destempo, sendo certo que os patronos subscritores dos pedidos já seriam os terceiros a defender o acusado em juízo, não se podendo admitir que a cada mudança de advogados fossem arroladas novas pessoas a serem inquiridas na fase instrutória, o que afasta a ocorrência de constrangimento ilegal.
>
> [...]
>
> (RHC n. 51.581/RJ, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador Convocado do TJ/PE, Quinta Turma, DJe 3/8/2015)

Por fim, quanto à exasperação da pena-base, pela negativação das circunstâncias do delito, em razão da diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, também não assiste razão à impetração.

Assim é o entendimento desta Corte Superior, para a qual [...] *a fixação da pena-base acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes teve por fundamento a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos, revelando-se justificado e proporcional o incremento da pena na fração de 1/6* (HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018).

Ainda: HC n. 213.113/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/9/2015.

Conclui-se, então, que a impetração não evidenciou o alegado constrangimento, pois não restou demonstrada ilegalidade no acórdão ora hostilizado.

Em razão disso, **indefiro liminarmente** o presente *writ* (art. 210 do RISTJ).

Publique-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator