HABEAS CORPUS Nº 514.493 - SP (2019/0164285-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	MARCOS KAUE ROCHA SILVA
ADVOGADO	:	MARCOS KAUE ROCHA DA SILVA - SP420668
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ADMILTON AUGUSTO DE ABREU NISHIMURA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADMILTON AUGUSTO DE ABREU NISHIMURA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0004107-67.2012.8.26.0099.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º grau, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa.

Ambas as partes interpuseram recursos de apelação. O Tribunal *a quo*, ao analisá-los, negou provimento à apelação defensiva e, por maioria, proveu a ministerial, exasperando a pena aplicada ao paciente para 7 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 700 dias-multa, conforme acórdão de fls. 360/389, cuja ementa se transcreve:

> *Apelação da Defesa – Tráfico de drogas – Materialidade e autoria comprovadas – Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes – Apreensão de porções de cocaína, maconha e crack na residência do acusado – Investigações anteriores que demonstraram o envolvimento do acusado no comércio espúrio – Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros – Pena-base fixada acima do mínimo legal – Exasperação que é possível ante a grande quantidade de droga apreendia – Inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 – Redução que deve se voltar às hipóteses em que o acusado não faz da narcotraficância seu meio de vida – Regime diverso do fechado ou substituição da pena de liberdade por penas restritivas de direitos – Mercês incompatíveis com delitos de singular*

> *gravidade – Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes – Recurso de apelação desprovido. Decorrido o prazo para interposição de eventuais embargos de declaração, expeça-se mandado de prisão.*
>
> *Apelação da Justiça Pública Incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas Causa de aumento de natureza objetiva Drogas apreendidas a cerca de 300 metros do estabelecimento de ensino Recurso de apelação provido.*

Opostos embargos infringentes pela defesa (fls. 437/446), foram rejeitados, por acórdão julgado também por maioria de votos.

No presente *writ*, aponta a defesa a existência de constrangimento ilegal decorrente da não aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima, a despeito de estarem presentes todos os requisitos para a concessão do benefício.

Aponta, ademais, que o paciente faz *jus* à fixação de regime inicial mais brando – nos termos dos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal e do disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto cumpridos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, verifico que a pretensão de aplicação de regime inicial mais brando e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos já foi analisada por esta Corte, no julgamento do HC n. 421201/SP.

Ademais, não obstante as razões constantes da petição inicial, o

impetrante não juntou aos autos o inteiro teor da sentença condenatória, documento imprescindível à análise de eventual ilegalidade, tendo em vista o pedido de realização de nova dosimetria da pena e de fixação de regime inicial mais brando.

Ressalta-se que o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente. Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

> *AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA EM PRONÚNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.*
>
> *1. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Súmula n.º 182 desta Corte).*
>
> *2. Cabe ao impetrante o escorreito aparelhamento do habeas corpus, bem como do recurso ordinário dele originado, indicando, por meio de prova pré-constituída, o constrangimento ilegal alegado.*
>
> *3. É inviável divisar, de forma meridiana, a alegação de constrangimento, diante da instrução deficiente dos autos, no qual se deixou de coligir cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, documento imprescindível à plena compreensão dos fatos aduzidos no presente recurso.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 48.939/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 23/4/2015).*
>
> *PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE PEÇA ESSENCIAL À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO QUE IMPOSSIBILITA A ANÁLISE DO PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. É possível receber o pedido de reconsideração como agravo regimental, dada a identidade do prazo recursal e a inexistência de erro grosseiro.*
>
> *2. Ação constitucional de natureza mandamental, o habeas corpus tem como escopo precípuo afastar eventual ameaça ao*

direito de ir e vir, cuja natureza urgente exige prova pré-constituída das alegações e não comporta dilação probatória.

3. Ausente cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, a cujos fundamentos o juiz sentenciante remete para negar ao réu o direito de recorrer em liberdade, mostra-se inviável o exame do alegado constrangimento ilegal.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, não provido. (RCD no RHC 54.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/3/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. ART. 210 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE INDEFERIU O PEDIDO DE LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO STF. EXCEPCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DO MÉRITO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NOVO TÍTULO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E VEDAÇÃO DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

I - Nos termos do art. 210, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado a indeferir liminarmente pedido manifestamente incabível, quando manifesta a incompetência do Tribunal para dele conhecer originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos.

[…]

III - A expedição de novo provimento judicial, de cognição exauriente, prejudica os fundamentos invocados pelo Paciente, visto que não foram objeto de insurgência na presente ação mandamental impetrada contra o indeferimento do pedido de liminar. Precedentes.

IV. O conhecimento do writ pressupõe prova pré-constituída do direito pleiteado, revelando-se impossibilitada a dilação probatória. Precedentes.

V - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

VI - Agravo Regimental improvido (AgRg no HC 291.856/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, DJe 12/5/2014).

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **indefiro liminarmente** a petição inicial do *habeas corpus.*

Intime-se.

Brasília, 07 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator