HABEAS CORPUS Nº 506.271 - MS (2019/0116703-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	HARLEI ALEXANDRE PAVEZZI GALVÃO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	BRUNO SOUZA MACHADO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de BRUNO SOUZA MACHADO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0000750-90.2018.8.12.0024).

Consta dos autos ter sido o paciente condenado à pena de 6 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 676 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, ante a apreensão de cerca de 120g (cento e vinte gramas) de maconha – e-STJ fl. 11.

Irresignada, a defesa ingressou com recurso, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao apelo para reduzir as reprimendas para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença. Eis a ementa do aludido julgado (e-STJ fls. 9/10):

> *APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO - REJEITO - PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DE CONSUMO PRÓPRIO SEM O FIM DE TRAFICÂNCIA - TFSE AFASTADA - PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS - HIPÓTESE CONCRETA QUE AUTORIZA O AFASTAMENTO - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA - HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CARACTERIZADA - RÉU ASSISTIDO POR ADVOGADO PARTICULAR - INCABÍVEL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. Evidencia-se licitude na colheita das provas. Caberia ao réu o ônus de demonstrar que a prova foi obtida por meio ilícito, porque a presunção há de ser em favor da autoridade policial ou judiciária, que age no estrito cumprimento do dever legal. Inexistindo prova a*

> *macular a validade dos elementos de prova utilizados pela sentença, na busca pela elucidação dos fatos e da verdade real, falece de idoneidade tais alegações, pelo que as preliminares devem ser afastadas.*
>
> *2. Quando as circunstâncias do caso concreto evidenciarem pela prova produzida que se trata de conduta voltada para o tráfico de drogas, não cabe a desclassificação para o crime de porte para uso que exige o fim especial de possuir a droga para consumo pessoal.*
>
> *3. Para configurar a incidência da causa de aumento de pena estabelecida no art. 40, III, da Lei n.° 11.343/2006. basta que o crime seja cometido nas dependências/imediações de estabelecimento de ensino. Essa situação, por si só, é capaz de ensejar o aumento de pena pela aplicação da causa de aumento do art. 40, III. da Lei n.° 11.343/2006. No entanto, considerando as peculiaridades do caso concreto, a hipótese dos autos autoriza o afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas.*
>
> *4. O pedido de concessão da assistência judiciária gratuita deve ser indeferido, pois o paciente é assistido por advogado particular e não fez prova da situação de pobreza.*

No presente *writ*, insurge-se o impetrante contra a majoração da pena, na segunda fase, por conta da agravante da reincidência, e contra a fixação do regime fechado.

Busca, inclusive liminarmente, seja reduzida a pena, bem como seja estabelecido o regime semiaberto para início de desconto da sanção corporal.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 29/31.

Informações prestadas às e-STJ fls. 49/82 e 85/93.

Parecer ministerial pela denegação da ordem, às e-STJ fls. 95/96.

É, em síntese, o relatório.

Busca-se, na presente impetração, a redução do montante de pena a ser cumprida pelo paciente em virtude do reconhecimento da reincidência, bem assim a modificação do regime inicial fixado para o cumprimento da reprimenda.

No que tange ao pedido referente à redução do montante de pena, observo que a sentença de primeiro grau reconheceu a incidência da agravante da reincidência, nos seguintes termos (e-STJ fl. 67):

> *2ª fase da dosimetria da pena: Presente (Súmula 231 STJ), na hipótese, a agravante da reincidência (art. 65, I, do CP), pelo que*

> *aumento a pena em 1/6. Ausente atenuantes. A pena intermediária fica em 05 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.*

Interposto recurso de apelação pela defesa, os pedidos apresentados ao Tribunal de Justiça cingiram-se ao seguinte (e-STJ fl. 72):

> *O apelante pelo recurso interposto às fls. 194-202, requer a reforma da sentença, alegando, em preliminar, ilicitude de prova. No mérito, pugna pela sua absolvição e pela desclassificação da conduta imputada do tráfico de drogas para a de consumo, previsto no art. 28 da Lei n.° 11.343/2006.*
>
> *Alternativamente, requer o afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei 11.343/2006.*

Nessa tessitura, verifico que a questão referente ao reconhecimento da reincidência do impetrante não pode ser conhecida por esta Corte, tendo em vista a falta de manifestação do Tribunal de origem sobre o tema.

Assim, fica impossibilitada a manifestação deste Sodalício, sobrepujando a competência da Corte estadual, sob pena de configuração do chamado *habeas corpus per saltum*, a ensejar verdadeira supressão de instância e violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal substancial.

Ao discorrer sobre o tema, BRASILEIRO vaticina com clareza que se revela "*inviável, portanto, o pedido de julgamento de habeas corpus per saltum, ou seja, o julgamento do remédio heróico pelas instâncias superiores sem prévia provocação das instâncias inferiores acerca do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, sob pena de verdadeira supressão de instância e consequente violação do princípio do duplo grau de jurisdição*" (LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*: volume único – 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2470).

Ante a falta de manifestação do Colegiado estadual, percebe-se a incompetência desta Corte Superior para o processamento e julgamento deste *writ*, já que inexiste ato a ser imputado à autoridade coatora, nos termos do art. 105, I, alínea "c", da Constituição Federal, bem como do art. 13, I, alínea "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. A propósito:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO*

> *DE RECURSO PRÓPRIO.* [...] *SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...] *10. O direito de recorrer em liberdade não foi objeto de discussão pela Corte de origem, motivo pelo qual se evidencia a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar o aludido tema posto no writ e a consequente supressão de instância.* [...]
>
> (HC 278.542/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015.)
>
> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TORTURA. NULIDADE DECORRENTE DO FATO DE O ADVOGADO DO PACIENTE, AO FINAL DA AÇÃO PENAL, TER PASSADO À CONDIÇÃO DE ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...] *2. As alegações de nulidade decorrente do fato de o advogado do paciente, ao final da ação penal, ter passado à condição de assistente da acusação não foi enfrentada no acórdão combatido, o que impede a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Precedentes.* [...]
>
> (HC 272.125/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016.)

No mesmo sentido, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> *Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Delito de vias de fato e violação de domicílio (art. 21, caput, do Decreto-Lei n. 3.688/41 e art. 150, § 1º, do Código Penal) 3. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Matéria não examinada nas instâncias anteriores. Supressão de instância. A extinção da ação penal de forma prematura somente é possível em situação de manifesta ilegalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> (RHC 133.585 AgR, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 1º/08/2016.)

Noutro giro, quanto ao pedido para abrandamento do regime prisional fixado para o cumprimento da pena, observo que o Colegiado estadual pautou-se pela recidiva do paciente para fixar o regime fechado.

É cediço que a fixação do regime mais gravoso do que o legalmente previsto deve ser feita com base em fundamentação concreta, à luz das circunstâncias

judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de qualquer outro dado concreto que demonstre a gravidade da conduta delituosa, nos termos dos enunciados sumulares n. 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

Nessa alheta, a análise do decidido nas instâncias ordinárias deixa assente que, embora o *quantum* de pena permita, em tese, a fixação do regime aberto, nos moldes estabelecidos pelo art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, o paciente é reincidente, teve a basal fixada acima do mínimo legal e foi preso em flagrante enquanto cumpria pena em regime aberto por delito diverso.

Assim, as peculiaridades do caso permitem concluir que a fixação do regime para o cumprimento da pena não deve atrelar-se, de forma absoluta e incontestável, apenas à pena-base fixada pelo julgador. Os elementos extraídos do caso concreto indicam que o regime mais rigoroso se impõe. Sobre o tema, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DE RITO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PERÍCIA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. PROVAS IRRELEVANTES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ARGUMENTOS GENÉRICOS. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE SOCIAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> [...] *11. Embora a paciente tenha sido condenada a reprimenda igual a 4 anos de reclusão, constato que ela é reincidente e possui circunstância judicial desfavorável (tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal), de modo que o regime inicial fechado é, realmente, o que se mostra mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.*
>
> (HC 142.836/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016)

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A COMPROVAR O EMPREGO DA ARMA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE*

CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] *5. A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda. No caso, o réu era foragido quando do crime aqui em apreço.*

6. Writ não conhecido.

(HC 262.939/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 25/04/2014)

[...] *PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODIFICAÇÃO PARA O FECHADO POR FORÇA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PACIENTE FORAGIDO DO SISTEMA PRISIONAL. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA.*

1. O fato de o paciente, já condenado pelo delito de roubo qualificado, ter cometido o crime ora em exame após ser agraciado com o benefício do regime semiaberto e não mais ter retornado ao sistema prisional, são fatores que demonstram que a forma mais gravosa para o início da sanção privativa de liberdade mostra-se justificada e é a mais adequada para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. Ordem denegada.

(HC 163.682/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

Tal o contexto, **conheço parcialmente do presente *habeas corpus*, e, na parte conhecida, denego a ordem.**

Publique-se. Intimem-se. Dê-se ciência ao interessado.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator