

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.723 - SP (2019/0299275-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ELTHON SIECOLA KERSUL - SP291440
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO ALVES DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de LEONARDO ALVES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1500447-04.2018.8.26.0544).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, e art. 46, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos, 7 meses e 22 dias de reclusão, e ao pagamento de 360 dias-multa (e-STJ fls. 96/103).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, mantendo a condenação nos termos proferidos na sentença. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 135/157):

Tráfico de Drogas - Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 - Absolvição - Impossibilidade - Robusto conjunto probatório - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Narrativa dos policiais militares foram confirmadas pelas demais provas dos autos - Encontro de diversas porções de cocaína e de crack, bem como de dinheiro com o acusado - Militares avistaram o acusado escondendo a sacola com drogas em uma moita, momento em que ele fugiu por ter visto os agentes da lei - Versão do réu inverossímil - Condutas que comprovam a traficância - Inviável desclassificar o crime para o artigo 28, da mesma lei - Evidente a destinação comercial dos entorpecentes - O consumo de narcóticos não impede a prática do tráfico - Quantidade dos ilícitos e a forma em que estavam embalados não condizem com um mero usuário - Condenação pelo artigo 33, da Lei de Drogas mantida - Pena corretamente dosada - Basilar acrescida pelos maus antecedentes - Reincidência corretamente reconhecida - Redução pela semi-imputabilidade

Superior Tribunal de Justiça

devidamente aplicada - Incogitável reduzir a pena pela causa de diminuição do art. 33, §4º, da referida lei - Regime fechado mantido - Inviável reconhecer a detração penal, que deve ser pleiteada no Juízo das Execuções - Pena e regime mantidos - Recurso defensivo improvido.

No presente writ (e-STJ fls. 135/157), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a condenação pelo crime de tráfico.

Argumenta, em síntese, que houve nulidade na condenação, porquanto *evidente que a condenação pelo delito de tráfico de drogas violou o disposto no inciso LVI (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos) e LXIII (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado), do artigo 52, da Constituição Federal, ao admitir a valoração de prova ilícita decorrente de confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal e a ilicitude da prova decorrente das declarações feitas pelo recorrente antes de explicitamente advertido de seu direito de recusar-se a falar à polícia* (e-STJ fl. 5). Afirma, também, que a confissão informal aos policiais não pode servir como prova do tráfico ilícito de entorpecentes. Ademais, argumenta de que não há notícia de realização de *campana prévia* que comprove qualquer atividade de traficância por parte do réu, bem como não foi presenciada nenhuma prática de comercialização, assim, *a simples apreensão de substâncias entorpecentes em poder do acusado não induz necessariamente ao tráfico* (e-STJ fl. 11).

Subsidiariamente, se insurge contra a dosimetria realizada. Afirma que *a pena base foi majorada em 1/4 com fundamentos em maus antecedentes indicando as certidões de fls. 87/91 e mais 1/6 ante a reincidência sem indicar qualquer certidão. Portanto, especificamente no tocante ao incremento da reprimenda em razão dos maus antecedentes, é de se notar que em Direito Penal há um princípio segundo o qual o crime mais grave absorve o menos grave. Esse princípio deve ser fixado na fixação da pena*

Superior Tribunal de Justiça

também, a fim de se evitar bis in idem. Desta forma, a reincidência deve absorver os maus antecedentes (e-STJ fl. 15). Não sendo o caso de afastamento dos maus antecedentes, sustenta que o aumento na fração de 1/4 se mostrou excessiva, devendo ser fixado em 1/6.

Ainda em relação à dosimetria, alega que deve ser aplicada, em razão da causa especial de diminuição da pena do art. 46 da Lei de Drogas (semi-imputabilidade) a redução máxima de 2/3, uma vez que não houve justificativa pelo magistrado de primeiro para fixar em 1/2 e o Tribunal de origem não poderia ter agregado fundamentos.

Por fim, aduz que o regime mais gravoso foi fixado de forma inidônea, tendo em vista que a pena é inferior a 4 anos, o paciente é primário e está preso provisoriamente desde 5 de agosto de 2018.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o reconhecimento da nulidade da condenação e, subsidiariamente, o redimensionamento da pena nos termos expostos e a fixação do regime aberto.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No caso dos autos, ao menos em juízo de cognição sumária, não verifico manifesta ilegalidade apta a justificar o deferimento da medida de urgência, pois o regime prisional mais gravoso foi mantido mediante fundamentação concreta, uma vez que o paciente é reincidente e ostenta maus antecedentes, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo.

Ademais, o pedido liminar confunde-se com o próprio mérito da impetração, o qual deverá ser analisado em momento oportuno, por ocasião do julgamento definitivo do *habeas corpus* pelo colegiado.

Superior Tribunal de Justiça

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

Suficientemente instruída a impetração, dispenso informações.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

