

HABEAS CORPUS Nº 548.247 - SP (2019/0355356-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : SEAN HENDRIKUS KOMPIER ABIB E OUTROS
ADVOGADOS : EDUARDO SAMOEL FONSECA - SP297154
RICARDO MAMORU UENO - SP340173
MAURICIO SAMOEL FONSECA - SP401715
SEAN HENDRIKUS KOMPIER ABIB - SP396562
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE DOS SANTOS DE ALMEIDA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FELIPE DOS SANTOS DE ALMEIDA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Habeas Corpus* n. 2234796-38.2019.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, porque trazia consigo, para fins de tráfico, **38 pinos de cocaína, com peso líquido de 5,76g (cinco gramas e setenta e seis centigramas), 46 pedras de crack, com peso líquido de 11,88 (onze gramas e oitenta e oito centigramas), 109 pedras de crack, com peso líquido de 29,64g (vinte e nove gramas e sessenta e quatro centigramas), 81 pinos de cocaína, com peso líquido de 12,03g (doze gramas e três centigramas) e 53 porções de maconha, com peso líquido de 159,02g (cento e cinquenta e nove gramas e dois centigramas).**

Irresignada, a defesa impetrou prévio *writ*, pugnando pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como pela fixação de regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O *writ* originário foi indeferido liminarmente por inadequação da via eleita.

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental.

Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 21 de novembro de 2019, os integrantes da Décima Quinta Câmara de Direito Criminal, por unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso.

Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 38):

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS
INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE
INDEFERIU LIMINARMENTE A IMPETRAÇÃO QUE
PRETENDIA A REFORMA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA
HABEAS CORPUS QUE NÃO DEVE SER SUBSTITUTO DE
RECURSO PRÓPRIO AGRAVO REGIMENTAL NÃO
PROVIDO.

No presente *habeas corpus*, a defesa reitera a existência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o paciente faz jus à incidência da referida minorante, porquanto primário, de bons antecedentes, não possuindo nenhuma ligação com organização criminosa (e-STJ fl. 4).

Aduz, ademais, ilegalidade na fixação do regime fechado, em desconformidade com o disposto nas Súmulas n. 718 e 719/STF e 440/STJ.

Requer, assim, inclusive liminarmente, o redimensionamento da pena, a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

É, em síntese, o relatório.

Em primeiro lugar, deve-se asseverar que a controvérsia trazida no presente *habeas corpus* nem sequer foi apreciada pelo Tribunal de origem, de maneira que o exame de tal questão pelo Superior Tribunal de Justiça, sobrepujando a competência da Corte estadual, implicaria indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA.
NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.
FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA, E
NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.
ILEGALIDADE. NÃO CONFIGURADA. RECURSO

PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

1. Matéria não apreciada pelo Tribunal a quo, também não pode ser objeto de análise nesta Superior Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

3. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido, e, nesta parte, improvido. (RHC 68.025/MG, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016.)

No entanto, entendo que a ausência de manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do pedido formulado na impetração originária, sob o fundamento de haver recurso específico para o inconformismo, configura indevida negativa de prestação jurisdicional.

Com efeito, tratando-se de questão relevante de direito, deve a Corte estadual analisar a matéria suscitada no *writ* precedente.

A propósito:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DO REGIME ABERTO. ILEGALIDADE. TESE SOBRE A QUAL NÃO SE PRONUNCIOU O TRIBUNAL A QUO. WRIT ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO POR SER VIA INADEQUADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - A não manifestação do eg. Tribunal a quo sobre o mérito da impetração, na hipótese, configurou indevida negativa de prestação jurisdicional. Tratando-se de questão relevante, devidamente suscitada no writ originário, e não apreciada, devem os autos ser remetidos à eg. Corte estadual para que se pronuncie acerca da quaestio.

Superior Tribunal de Justiça

III - Embora a via estreita do writ não se preste à análise aprofundada do tema debatido, é preciso que a ilegalidade prima facie seja afastada de forma fundamentada. Assim, não obstante a previsão de recurso próprio no ordenamento jurídico, é admissível a utilização do mandamus, quando a pretensão não demanda, em princípio, revolvimento de matéria probatória.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para anular o v. acórdão do eg. Tribunal a quo, determinando que este aprecie, como entender de direito, a questão deduzida no mandamus originário. (HC 352.244/MG, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 23/05/2016, grifei.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, liminarmente e de ofício**, a fim de determinar que o Tribunal *a quo* aprecie o mérito do *habeas corpus* precedente como entender de direito.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator