

HABEAS CORPUS Nº 540.747 - MS (2019/0314340-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **EDERSON HILARIO DE MENEZES**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PACIENTE : **EDERSON HILARIO DE MENEZES**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDERSON HILARIO DE MENEZES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Depreende-se dos autos que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS absolveu o paciente da imputação referente ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 8/14).

Irresignado, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpôs o recurso de apelação, pleiteando a condenação do paciente e de outro réu, tendo em vista o farto conjunto probatório colacionado aos autos, em especial a versão ofertada pelos policiais.

Em sessão de julgamento realizada no dia 24/1/2019, a 3ª Câmara Criminal do TJMS, por unanimidade, deu provimento ao apelo ministerial para condenar o ora paciente, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa.

O acórdão ficou assim ementado (e-STJ fls. 15/16):

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - TRÁFICO DE ENTORPECENTE - ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DOS RÉUS FARTAMENTE COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE À CONDENAÇÃO QUE

DEMONSTRA A TRAFICÂNCIA - TRÁFICO PRIVILEGIADO - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A SUA INCIDÊNCIA - CONFISSÃO RECONHECIDA - REGIME SEMIABERTO A UM DOS RÉUS - REGIME FECHADO AO RÉU REINCIDENTE - INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. COM O PARECER

- Despontando dos autos conjunto probatório robusto e consistente, em harmonia aos depoimentos das testemunhas, submetidos ao crivo do contraditório, indene a materialidade e autoria imputadas aos réus concernentes ao tráfico de drogas, revelando-se de rigor o decreto condenatório pelo cometimento do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei Antitóxicos.

- Para a aplicação da causa de diminuição de pena, necessário que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, nos termos do 33, § 4º, da Lei 11.434/2006, sendo que, na ausência de um destes, inviável a aplicação da benesse legal.

- De acordo com a Súmula nº 545 do STJ, servindo a confissão de elemento para formação da convicção do julgador na instância recursal, impõe-se seja considerada a respectiva atenuante em favor do réu, consoante sedimentado em julgamento de recurso repetitivo na Corte Cidadã.

- Em atenção às diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, fixo o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena a um dos réus.

- O réu reincidente deve iniciar o cumprimento de pena em regime fechado, muito embora não tenha sido a pena privativa de liberdade fixada acima do patamar de 08 anos.

- Incabível a substituição da pena privativa de liberdade na ausência de preenchimento dos requisitos constantes do art. 44, e incisos do Código Penal.

- É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

No presente *habeas corpus*, impetrado de punho próprio, narra o

paciente/impetrante, em síntese, que está sofrendo constrangimento ilegal, visto que o Tribunal de origem teria o condenado, de maneira ilegal, após reformar a sentença absolutória do Juízo de primeiro grau.

Pugna, ao que tudo indica, pela sua absolvição.

O pedido liminar foi indeferido por esta Relatoria, determinando-se a remessa dos autos à Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul para que, diante da ausência de defesa técnica do paciente/impetrante, adote as providências que entender cabíveis (e-STJ fls. 31/32).

A Defensoria Pública Estadual, por sua vez, apresentou petição no seguinte sentido (e-STJ fls. 38/40):

DEFENSORIA PÚBLICA DE MATO GROSSO DO SUL, em atenção à r. decisão de Vossa Excelência, proferida nos autos de habeas corpus, feito nº 540.747/MS, impetrado de próprio punho pelo Paciente EDERSON HILÁRIO DE MENEZES, vem à presença de Vossa Excelência para expor e requerer o que segue.

O reeducando Ederson Hilário de Menezes, inconformado com o acórdão proferido nos autos nº 0007192-46.2015.8.12.0001, que deu provimento a apelação do Ministério Público Estadual e condenou-o a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, impetrou habeas corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça sustentando, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal porque não teria prevalecido no julgamento do recurso de apelação do órgão acusador o princípio in dubio pro reo, e por isso, requereu a absolvição.

Apesar da ausência de documentos que pudessem subsidiar sua pretensão, e tendo sido identificado que o processo acima referido trata-se do feito nº 0007192-46.2015.8.12.0002, pela defesa técnica foi feita análise dos autos para a tomada das providências eventualmente cabíveis.

No referido processo criminal o acusado foi processado e, pelo juízo de piso, nos termos do que estabelece o artigo 386, inciso VII, do CPP, foi ABSOLVIDO das penas do delito descrito no artigo 33, caput, da Lei de Drogas.

Tal decisão, objeto de análise pelo Tribunal de Apelação, foi reformada, uma vez que entendeu-se que havia "conjunto probatório robusto e consistente, em harmonia aos depoimentos das testemunhas, submetidos ao crivo do contraditório, indene a materialidade e autoria imputadas ao réu", restando ao final CONDENADO a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, a ser cumprida desde o início no regime fechado, uma vez que trata-se de réu reincidente, como se vê da documentação que segue em anexo.

Assim, em primeiríssimo lugar, é de ser analisada a impossibilidade de impetração da presente ação constitucional para, originariamente, no Superior Tribunal de Justiça, analisar o pedido referente à ABSOLVIÇÃO em atenção ao princípio in dubio pro reo, uma vez que haveria evidente revolvimento da matéria fática.

Ademais disso, quanto aos fatos em si, apenas se sentença fosse contrária ao texto da lei ou às evidências dos autos (CPP. art. 621. I). ou tivesse sido fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos (CPP. art. 621, II) ou se houvesse qualquer novo elemento de prova da inocência do acusado ou de circunstância que autorizasse a diminuição da pena (CPP. art. 621. III), seria possível manejar recurso adequado na defesa e garantia dos interesses do peticionário.

Quanto a dosimetria da pena aplicada ao peticionário, salvo melhor juízo, não merece reparos, uma vez que, na primeira fase dosimétrica, a pena-base foi aplicada no mínimo legal; na segunda fase, à vista da circunstância agravante da reincidência fora majorada a pena-base em 1/6 (um sexto), fixando-se a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, ante a inexistência de causas de aumento e diminuição na terceira fase dosimétrica.

Embora a pena tenha sido inferior a 08 (oito) anos de reclusão, o regime inicial foi estabelecido como sendo o fechado, uma vez que o impetrante ostenta a condição de reincidente, e, pela mesma razão, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44. CP) ou a concessão do sursis (art. 77. CP).

Por fim, é de se registrar que o peticionário foi atendido por advogado regularmente constituído durante todo o processo judicial, inclusive até o trânsito em julgado da decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, como se vê da documentação que segue em anexo.

ANTE O EXPOSTO, é de se concluir que não há ato ilegal a ser corrigido pelo presente remédio constitucional, razão pela qual a Defensoria Pública Estadual deixa de formular pedido técnico em favor do paciente Ederson Hilário de Menezes

O Ministério Público Federal, por seu turno, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 87):

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DEVIDAMENTE COMPROVADAS. NECESSIDADE DE EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO, E CASO CONHECIDA, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Destarte, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Conforme o relatado, o impetrante/paciente busca, em síntese, a

sua absolvição.

De início, assevero que a irresignação defensiva não merece acolhimento.

Conforme destacou a própria Defensoria Pública, "é de se concluir que não há ato ilegal a ser corrigido pelo presente remédio constitucional, razão pela qual a Defensoria Pública Estadual deixa de formular pedido técnico em favor do paciente Ederson Hilário de Menezes" (e-STJ fl. 40).

Nesse diapasão, é cediço que o limite cognitivo da via do *habeas corpus* não permite a incursão na seara probatória, em razão do revolvimento dos elementos fáticos. Entender em sentido contrário, como quer o impetrante, *in casu*, demandaria, impreterivelmente, cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de *habeas corpus*.

Acerca do tema, colaciono os seguintes precedentes desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E SONEGAÇÃO FISCAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DOS TRIBUTOS. NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMPREGO DO WRIT. COISA JULGADA. REASCENDER TESES. AMOFINAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INVIABILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. No seio de habeas corpus, não é possível conhecer de temas não tratados na origem, sob pena de supressão de instância. 2. Manejar remédio heroico intentando reascender temas, após o julgamento de todos os recursos cabíveis, com o advento do manto da coisa julgada sobre o processo criminal, o qual foi inclusive objeto de análise em outra sede impugnativa perante o Superior Tribunal, quebranta a segurança jurídica.

3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n.º 182 da Súmula desta

Corte).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 400.382/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 23/6/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

[...]

2. Não se mostra possível o exame do pedido de absolvição por insuficiência de provas, por se tratar de matéria cujo exame extrapola os limites estreitos do habeas corpus, notadamente por demandar o revolvimento de todos elementos de cognição produzidos no curso do processo de conhecimento (HC 221.081/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 17/10/2014) - grifei.

Ao encontro desse entendimento, destaco o posicionamento exarado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que (e-STJ fl. 91):

Verifica-se que o Tribunal a quo, após cuidadoso exame do caderno probatório e com base no princípio do livre convencimento motivado, assentou que a autoria e a materialidade do delito estão devidamente comprovadas, sendo as provas robustas ao ponto de garantir a condenação do paciente.

Denota-se, dessa forma, que o entendimento firmado na instância ordinária está em consonância com o dessa eg. Corte, não apresentando o acórdão vergastado teratologia ou carência de fundamentação.

Ademais, chegar a solução diferente implicaria necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório, sendo que o habeas corpus não comporta dilação probatória e exige prova pré-constituída das alegações. Cabia ao impetrante o ônus processual de produzir elementos documentais consistentes, destinados a comprovar

Superior Tribunal de Justiça

as alegações suscitadas no writ.

Assim, a ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório.

Dessa forma, verifica-se que o paciente não padece de qualquer constrangimento ilegal.

Registre-se, por oportuno, que, na espécie, não ficou configurada flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator