HABEAS CORPUS Nº 549.475 - SP (2019/0361688-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO	:	SÉRGIO AFONSO MENDES - SP137370
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANTÔNIO GONÇALVES MARTINS (PRESO)
PACIENTE	:	VINICIUS GONÇALVES SANTANA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO SUPERVENIENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO QUE, NA VERDADE, CONSUBSTANCIA PRETENSÃO REVISIONAL, ANTES DA INAUGURAÇÃO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE. DESCABIMENTO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA *E*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE ILEGALIDADE *EX OFFICIO*. PETIÇÃO INICIAL LIMINARMENTE INDEFERIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANTÔNIO GONÇALVES MARTINS e VINICIUS GONÇALVES SANTANA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0000091-43.2016.8.26.0580.

Na denúncia, os Pacientes foram acusados de manter, ilegalmente, em depósito, com propósito de entrega a consumo de terceiros, 71 (setenta e uma) porções de maconha, com 741,61g (setecentos e quarenta e um gramas e sessenta e um decigramas), 24 (vinte e quatro) porções de *crack*, com 869,38g (oitocentos e sessenta e nove gramas e trinta e oito decigramas) e 19 (dezenove) porções de cocaína, com 1.942,52g (um quilo, novecentos e quarenta e dois gramas e cinquenta e dois decigramas) – fl. 11.

Em primeiro grau de jurisdição, o Paciente ANTÔNIO GONÇALVES MARTINS foi condenado como incurso no art. 28, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento da prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses. O Paciente VINICIUS GONÇALVES SANTANA foi absolvido da imputação dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, e 244-B, da Lei n.º 8.069/1990 (fls. 15-22).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F56BDD7D-8E6F-4054-A207-FADCCE1C3334

O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público e condenou os Pacientes às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 20):

> "*APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença absolutória.* Parquet *pugna pela condenação de ANTONIO e VINICIUS pelo delito de tráfico de drogas, nos termos da exordial. Com razão. Materialidade e autoria induvidosas.*
>
> *Conjunto probatório robusto. Apreendidas grande quantidade e diversidade de drogas, na posse dos réus, que foram presos em flagrante. Idoneidade da prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante. Negativa dos réus que não encontram guarida nas provas carreadas nos autos.*
>
> *Finalidade de mercancia caracterizada. Condenação é medida de rigor. Pena-base fixada acima do mínimo. Na segunda fase, reconhecida a menoridade relativa para ambos os acusados. Não fazem* jus *ao redutor do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Regime inicial fechado. Crime equiparado aos hediondos. Inviabilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Recurso ministerial provido*."

Nas razões deste *habeas corpus*, a Parte Impetrante alega que deve ser abrandado o regime carcerário fechado "*em face do montante da pena aplicada – 5 anos de reclusão – que é inferior a 08 anos, e por força do artigo 33 e seguintes do código penal e súmula 440, do STJ*" (fl. 4).

Requer, liminarmente e no mérito, o estabelecimento do regime prisional semiaberto.

É o relatório. Decido.

Há óbice processual ao conhecimento da impetração.

Ao consultar os andamentos da Apelação n.º 0000091-43.2016.8.26.058 no *site* do Tribunal Impetrado, constatei que em 18/02/2019 a condenação transitou em julgado para a Defesa – portanto, anteriormente à protocolização da inicial.

Nesse contexto, o pedido formulado no presente *writ* consubstancia pretensão revisional, a despeito de não ter sido inaugurada essa competência do STJ. Isso porque, nos termos do art. 105, inciso I, alínea *e*, da Constituição da República, compete

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F56BDD7D-8E6F-4054-A207-FADCCE1C3334

ao Superior Tribunal de Justiça, **originariamente**, "*as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados*".

Sobre a questão, confiram-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, *mutatis mutandis*:

> "HABEAS CORPUS. *PENAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. TRÂNSITO EM JULGADO. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. SUPRESSÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU INDEFESO EM PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*
>
> ***1. O* habeas corpus *foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo transitado em julgado; é, portanto, substitutivo de revisão criminal. Por força do art. 105, I, 'e', da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados. Como não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência deste Tribunal para o processamento do presente pedido.***
>
> *2. Ademais, as questões aventadas neste* habeas corpus *não foram sequer objeto de análise pelo Tribunal* a quo, *o que impede também o seu conhecimento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, pois até mesmo as nulidades absolutas devem ser objeto de prévio exame na origem a fim de que possam inaugurar a instância extraordinária.*
>
> [...].
>
> *5.* Habeas corpus *não conhecido*" (HC 288.978/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 21/05/2018; sem grifos no original.)

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS. **WRIT *IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO, SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ***. *SUPRESSÃO. INADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE* HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. INICIATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR.*
>
> *Agravo regimental improvido*" (AgRg no HC 494.794/MA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 11/04/2019; sem grifos no original.)

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F56BDD7D-8E6F-4054-A207-FADCCE1C3334

> *DESFAVORÁVEIS.* QUANTUM *DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO DO* MANDAMUS. *MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> [...]
>
> *4.* ***Tratando-se de impetração que se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, já transitado em julgado, contra o qual seria cabível a interposição de revisão criminal, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento****.*
>
> *5. Tendo sido proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial adotado neste Sodalício deve ser mantida a decisão impugnada, pelos seus próprios fundamentos.*
>
> *6. Agravo regimental improvido*" (AgRg no HC 486.185/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019; sem grifos no original.)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC n.º 512.674/CE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 30/05/2019; e HC 482.877/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 29/03/2019.

Outrossim, concluo que não há como reconhecer ilegalidade de ofício.

É certo que, no *writ* anteriormente impetrado em favor dos ora Pacientes nesta Corte, consignei que naqueles autos a Defesa não havia formulado pedido de readequação da pena-base, e que não havia como reconhecer ilegalidade no estabelecimento do regime prisional, por não ter sido diminuído o *quantum* de pena (HC 477.248, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 11/10/2019).

Mister acrescentar, em razão da pretensão ora formulada, que no caso houve a fixação da pena-base acima do mínimo legal "*para ambos os acusados, em 1/6 (um sexto), atingindo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, ante a diversidade, quantidade e nocividade das drogas apreendidas*" (fl. 29). Essa circunstância – que, a propósito, não ampara a alegação defensiva de que não houve majoração da reprimenda na primeira etapa da dosimetria – justifica a adoção do regime carcerário mais gravoso.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F56BDD7D-8E6F-4054-A207-FADCCE1C3334

Ante o exposto, INDEFIRO LIMINARMENTE a petição inicial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: F56BDD7D-8E6F-4054-A207-FADCCE1C3334