RCD no HABEAS CORPUS Nº 542.754 - SP (2019/0325025-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
REQUERENTE	:	WESLEY DOS SANTOS GONZAGA
ADVOGADOS	:	GLAUCO HENRIQUE TEOTONIO DA SILVA - SP374454
		BRUNA CAROLINA SILVA - SP388048
REQUERIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
REQUERIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de pedido de reconsideração formulado pela impetrante em face de decisão que indeferiu liminarmente a petição inicial do *habeas corpus*, proferida nos termos seguintes (e-STJ fls. 159/163):

> *Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de WESLEY DOS SANTOS GONZAGA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1500609-96.2018.8.26.0544).*
>
> *Narra-se nos autos que o paciente foi denunciado como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, tendo sido condenado apenas pelo crime de tráfico privilegiado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos.*
>
> *Irresignado, o representante do Parquet interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar o paciente à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 103/119). Confira-se a ementa do acórdão:*
>
> *Apelação ministerial – Tráfico de entorpecentes e associação para tal fim (artigos 33 "caput" e 35 "caput", ambos da Lei nº 11.343/06). Sentença de parcial procedência, condenado um dos acusados apenas pelo delito de tráfico de drogas. Apelação visando a condenação de ambos nos exatos termos da exordial.*
>
> *Tráfico de drogas – Autoria e materialidade delitiva comprovadas em relação aos dois acusados - Depoimentos dos policiais revestidos de credibilidade – Impossibilidade de desclassificação para a conduta de porte, uma vez que inequívoca a traficância pela quantidade e diversidade de droga apreendida e sua forma de acondicionamento – Condenação dos dois de rigor.*
>
> *Associação para o tráfico de drogas – Ausência de narração pormenorizada na denúncia, não bastando a simples menção de*

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95

estarem os acusados associados. Provas insuficientes em relação a crime tal, ademais – Ausência de indicação concreta de que os acusados estavam associados com o adolescente infrator para o narcotráfico - Não demostrado o vínculo associativo entre eles, bem como ausente a comprovação da estrutura organizacional e divisão de tarefas – absolvição que se mantém.

Penas - Fixadas de acordo com o regramento aplicável – inteligência dos artigos 42 da lei de drogas e 59 do Código Penal ~ Bases no mínimo - Redutor do § 4" do art. 33 da lei de drogas, arredado nesta instância, ausentes os requisitos legais – Regime prisional fechado de rigor – Substituição das reprimendas por restritivas de direitos ou "sursis " insuficientes para repressão e prevenção do delito – Precedentes –Recurso parcialmente provido.

Foram, ainda, opostos embargos de declaração, que acabaram rejeitados (e-STJ, fls. 150/156).

No presente mandamus (e-STJ, fls. 3/16), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente ao não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos legais para a incidência do benefício estejam presentes.

Argumenta que o Tribunal local, ao afastar a redutora, insinuou - não demonstrou cabalmente - que Wesley estaria envolvido com atividades criminosas, pois trazia consigo a quantidade de drogas apontadas como objeto da condenação (e-STJ, fl. 7).

Assim, afirma que o paciente faz jus à redutora em seu grau máximo, pois, além de todos os requisitos legais estarem preenchidos, as circuntâncias do art. 59 do Código Penal foram consideradas todas favorávies.

Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além do estabelecimento de regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório. ***Decido****.*

Não obstante as razões constantes da petição inicial, o impetrante não juntou aos autos cópia da sentença condenatória, documento imprescindível para a análise de eventual ilegalidade.

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95

Ressalta-se que o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente. Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. FURTO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AGENTE AOS CUIDADOS DA CRIANÇA.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - No que concerne à alegada ausência de fundamentação idônea da r. decisão que decretou a prisão preventiva em desfavor da paciente, a deficiente instrução dos autos impede o conhecimento, no ponto, do writ, porquanto não foi juntada aos autos cópia da r. sentença condenatória que negou o direito de recorrer em liberdade (precedente).

III - A concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar à mãe com filho menor de 12 anos, em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, exige a comprovação da imprescindibilidade do agente ao cuidado especial da criança, o que não foi demonstrado nos autos, ao contrário, tem-se que a criança está sob o cuidado da avó materna.

IV - Ademais, modificar a conclusão das instâncias ordinárias sobre o tema demandaria, necessariamente, revolvimento fático-probatório, o que não se admite nesta via.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 440.498/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018)

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95

PROCESSO PENAL E PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE ABSOLUTA DO JULGADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU E DO DEFENSOR POR ELE CONSTITUÍDO DA INCLUSÃO DO APELO DEFENSIVO EM PAUTA DE JULGAMENTO E DO TEOR DO ACÓRDÃO. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício.

2. No que se refere à suposta nulidade absoluta por cerceamento de defesa, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que não se exige a intimação pessoal do réu acerca do acórdão que confirma a sentença condenatória. A exigência constante do art. 392, incisos I e II, do Código de Processo Penal, em verdade, refere-se às decisões de 1º grau, não envolvendo acórdãos, cuja intimação ocorre com a publicação na imprensa oficial. Precedentes.

3. A teor do disposto no art. 392, inciso II, do CPP, "tratando-se de réu solto, mostra-se suficiente a intimação do defensor constituído acerca da r. sentença condenatória" (RHC 66.254/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 10/06/2016).

4. Consoante determinam os arts. 370 do Código de Processo Penal e 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, deve ser pessoal a intimação da Defensoria Pública e do defensor dativo de todos os atos do processo, sob pena de nulidade. Na hipótese, porém, trata-se de defensor constituído pelo réu, o que torna despicienda a intimação pessoal da data da sessão de julgamento do apelo e do acórdão proferido no bojo do recurso. Precedentes.

5. No que tange à dosimetria, em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado. ***Na espécie, o processo não foi instruído com cópia da sentença condenatória, peça imprescindível para análise da impetração.***

6. Writ não conhecido.

(HC 274.037/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95

TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 08/11/2016)

> *Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ,* ***indefiro liminarmente*** *a petição inicial do habeas corpus.*
>
> *Intimem-se.*

Em sua petição (e-STJ fls. 284/291), a impetrante informa à concomitante juntada aos autos da sentença condenatória, para o fim de sanar a deficiência na instrução, e pede a reconsideração da decisão terminativa, para que o *writ* seja processado e julgado, como também o deferimento da liminar postulada na petição inicial.

É o relatório. **Decido.**

De início, constatada a juntada aos autos de cópia do inteiro teor da sentença condenatória (e-STJ fls. 170/180), sanado a inicial deficiência na instrução e, com base nos postulados da ampla defesa, acesso à Justiça e economia processual, entendo ser hipótese de reconsiderar a decisão retro para dar prosseguimento ao feito.

Assim, passo ao exame do pedido liminar.

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.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o parcial deferimento da medida de urgência.

No caso, o Tribunal *a quo*, ao fixar sua pena em 5 anos de reclusão e multa, adotou o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda mediante a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 116/117):

> *[...]*
>
> *E redimensionada a pena, de rigor a fixação do regime inicial*

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95

> *fechado, o único cabível na hipótese ainda que não fosse pelo quantum das penas e lembradas a reprovabilidade da conduta e a hediondez do crime (Lei n° 11.464/2007). Outro nem seria recomendável, a teor do disposto nos artigos 33 e 59 do Código Penal e obedecidos os princípios da necessidade e suficiência.*
>
> *Ademais, embora se lembre aqui a decisão do Pleno da c. Suprema Corte declarando a inconstjitucionalidade do artigo 2º, §1°, da Lei de Crimes Hediondos (HC n° 111.840/ES, rei. Min. Dias Toffoli, j. em 14.6.2012), importa consignar que o que lá se decidiu foi que se deveria afastar a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no artigo 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal.*
>
> *Até porque nos casos de tráfico, em face do bem jurídico protegido e observado o disposto no artigo 42 da Lei n° 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga em abstrato, maior a reprovabilidade, e como já se decidiu, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal (Apelação n° 0070508-98.2012.8.26.0050, rei. Lauro Mens de Mello, j. em 18.12.2014).*
>
> *Reitere-se: como já se decidiu recentemente, embora a primariedade e o quantum da pena possam permitir, em tese, a escolha de regime mais brando, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso quando justificado pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido, de acordo com o parágrafo 3° do artigo 33 do Código Penal (HC n° 313.085/SP, rei. Min. Joel Paciornik, j. em 21.6.2016) (grifo nosso).*
>
> *[...]*

Assim, extrai-se que o regime prisional mais gravoso foi estabelecido com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito.

Entretanto, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

De igual modo, a fixação de regime mais severo do que a pena

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95

comporta, com base na gravidade abstrata da conduta, afronta o art. 93, inciso IX, da Constituição da República e a Súmula n. 440/STJ, que segue transcrita: *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.* Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas n. 718 e 719/STF, respectivamente:

> *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Ademais, embora a quantidade e a natureza das drogas sejam circunstâncias preponderantes para a fixação das penas, conforme prescreve o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, verifico que, no caso dos autos, trata-se de 19 tubetes de cocaína, 12 tubetes de *crack*, 3 porções de maconha e 31 embalagens de lança perfume (e-STJ fl. 106), quantidade de entorpecentes que não se revela expressiva o suficiente para justificar o regime inicial mais gravoso.

Portanto, em juízo perfunctório, tratando-se de réu primário, condenado à pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, além da não expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, *b*, e 3º, do Código Penal.

Os demais pedidos, por demandarem aprofundado exame dos autos para a aferição de eventual constrangimento ilegal, serão analisados quando do julgamento do mérito da impetração.

Ante o exposto, **defiro a liminar, em parte,** para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95

regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

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: 3BEA4723-9796-41B9-8124-4365BC76ED95