

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 241.972 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : MARCOS APARECIDO DONÁ
ADV.(A/S) : MARCOS APARECIDO DONÁ
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS
CORPUS. CONSTITUCIONAL.
PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NÃO
CONHECIMENTO PELA INTERPOSIÇÃO
SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL.
INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTO
NECESSÁRIO PARA ADMISSIBILIDADE
DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES.
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS
CORPUS PROVIDO PARA DETERMINAR
QUE O SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA EXAMINE O MÉRITO DO
RECURSO.

Relatório

1. Recurso ordinário em *habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, interposto por Marcos Aparecido Doná, em 29.4.2024, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça pelo qual desprovido o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 798.732, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior.

O caso

2. Consta do processo ter sido o recorrente condenado às penas de

RHC 241972 / SP

quatro anos e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de novecentos e cinquenta dias-multa, pela apontada prática dos crimes previstos no *caput* do art. 35 e no inc. V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico interestadual e associação para o tráfico de entorpecente), concedido o direito de recorrer em liberdade (fl. 69, doc. 6).

3. Em 29.1.2020, a Décima Primeira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao recurso do recorrente ao julgar a Apelação n. 0019204-13.2011.8.26.0077 (doc. 5).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, por unanimidade, em 18.2.2021. (doc. 4). A defesa do recorrente e dos corréus opuseram novos embargos declaratórios, que foram rejeitados em 1º.11.2022. Em 19.12.2022 os embargos opostos pela terceira vez também foram rejeitados (fls. 2-3, e-doc. 18).

4. Os recursos extraordinário e especial interpostos contra o acórdão proferido no recurso de apelação foram inadmitidos. Interposto agravo em recurso especial, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, não conheceu do Agravo em Recurso Especial n. 2.601.881, pela ausência de impugnação dos fundamentos de inadmissão do recurso. O agravo contra essa decisão aguarda julgamento pelo Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior (dados constantes dos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça).

5. Apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0019204-13.2011.8.26.0077, impetrou-se no Superior Tribunal de Justiça o *Habeas Corpus* n. 798.732. Em 8.11.2023, o Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, não conheceu da impetração (doc. 40).

Essa decisão foi mantida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do agravo regimental, em acórdão com esta ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. RAZÕES QUE NÃO INFIRMARAM TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM ATACADO. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO DA SÚMULA 182/STJ.

Agravo regimental não conhecido” (doc. 55).

6. Esse julgado é o objeto do presente recurso ordinário em *habeas corpus*. O recorrente alega que as provas consideradas para fundamentar sua condenação seriam ilícitas e que teria ocorrido cerceamento de sua defesa, em pretensa contrariedade aos arts. 156, 157, 159 e al. *h* do inc. III do art. 564 do Código de Processo Penal, incs. LV e LVI do art. 5º da Constituição da República, Súmula n. 361 deste Supremo Tribunal (fls. 5-6, 30-44, doc. 61).

Sustenta que o Agravo em Recurso Especial n. 2.601.881 não teria sido conhecido no Superior Tribunal de Justiça e que o recorrente estaria *“com seu direito de ir e vir parcialmente restrito há quase 14 anos, o que facilmente pode cessar caso conhecido e provido o habeas corpus, ainda que de ofício”* (fls. 3-4, doc. 61).

Ressalta a viabilidade da aplicação retroativa do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado da condenação (fls. 9-14, doc. 61).

Descreve trechos de incidente de produção antecipada de provas, do termo de audiência, de transcrição de conversas de áudio e vídeo e afirma que teria colaborado voluntariamente para as investigações policiais. Realça que deveria ter a pena reduzida no máximo ou o perdão da reprimenda, com fundamento no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 e art. 4º da

RHC 241972 / SP

Lei n. 12.850/2013 (fls. 15-24, doc. 61).

Defende haver contrariedade ao § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal pela pretensa afronta ao princípio do juiz natural, pois teria sido sentenciado por juiz diverso que não participou da instrução processual n. 0019204-13.2011.8.26.0077 (fls. 24-29, doc. 61).

Realça estar o recorrente *“solto, não preso; não podendo-se justificar, in casu, a alegação de razoabilidade e duração do processo; por segundo, o processo já dura quase 01 (uma) década, ou seja 10 (dez anos), sendo 05 (cinco) anos para o juiz primitivo titular Luiz Augusto instruir e julgar os 03 (três) primeiros subprocessos, 01 (um) dia pra juíza substituta sentenciar o 4º subprocesso (reclamado), e mais 04 (quatro) anos e 03 (três) meses para subir os autos ao E. Tribunal para ser julgada a apelação; ora Excelência, diante disso, obviamente esperar 01 (um) a 03 (três) meses que sejam para os autos serem remetidos ao juiz titular julgar com justiça, ou mesmo mandar refazer a prova, não parece violar os princípio da razoável duração dos processos, como posto no r. acórdão. Por isso, merece ser o processo declarado nulo desde a Sentença, devendo outra ser proferida no lugar pelo juiz prevento ou seu sucessor”* (fl. 29, doc. 61).

Menciona o Pacto de San José da Costa Rica e enfatiza que deveria prevalecer a presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado (fls. 45-46, doc. 61).

Salienta que, *“ao deixar de analisar as provas da defesa às fls. 6401/6403, 6692 a 6731, 6841/6843, 4908/5036 e 8466/8475, [teria ocorrido] violação aos artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal, bem como afronta [a]o princípio da verdade real, motivo pelo qual merece o processo ser declarado nulo desde a Sentença, devendo outra ser proferida no lugar considerando os documentos juntados pela defesa”* (fl. 50, doc. 61).

Assevera que não teriam sido demonstradas a estabilidade e a permanência do crime de associação para o tráfico de drogas (fls. 55-59, doc. 61).

Frisa contrariedade aos arts. 29, 33, 44 e 59 do Código Penal e inc. XLVI do art. 5º da Constituição da República, com os argumentos de pretensa ausência de individualização da pena e de fundamentação na dosimetria e na fixação do regime prisional mais severo (fls. 60-64, doc. 61).

Estes o requerimento e os pedidos:

“Pelo exposto, respeitosamente, requer seja CONHECIDO e PROVIDO o presente RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS, para o fim de que seja cassado o v. acórdão recorrido, determinando que o tribunal a quo, conheça, processe e julgue o writ impetrado.

Requer a gratuidade da justiça por ser pobre e não possuir condições de arcar com a custas e despesas processuais.

IV – DOS PEDIDOS DO WRIT (ORDEM DE OFÍCIO)

1) Seja declarado nulo o acórdão recorrido, e na forma do artigo 616 do CPP, e com fundamento nos artigo 28-A do CPP e art. 5º, XL da CF, seja o julgamento convertido em diligência, enviando os autos a instância de origem para o Ministério Público dizer sobre o acordo de não persecução penal; com fundamento no artigo 5º, XL da CF, que dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, impondo-se, assim, a irretroatividade da lei penal, salvo quando a lei nova seja benéfica ao acusado c/c o Art. 28-A do Código de Processo Penal, em vigor somente em 24/01/2020 por ocasião da LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019 e do artigo 616 do Código de Processo Penal, como é o caso concreto, pois mais benéfico ao réu.

2) Seja reconhecida a violação aos artigos 41 da lei 11.343/2006 e art. 4º da Lei nº 12.850/2013, aplicando a pena do agravante o redutor máximo do artigo 41 da lei 11.343/2006 ou o perdão da pena nos termos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, ou, seja declarado Nulo o

processo desde a Sentença, determinando que o juízo de origem o faça.

3) Seja reconhecida a violação ao artigo art. 399, § 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ), declarando nulo o processo desde a Sentença, devendo outra ser proferida pelo juiz prevento que sentenciou os outros três feitos (desmembrados), Dr. Luiz Augusto Esteves de Melo, ou, por seu sucessor, o juiz titular da 2ª vara criminal de Birigui – SP, hoje Dr. Leonardo Lopes Sardinha.

4) Seja declarado nulo o processo desde antes da denúncia, por utilização de provas ilícitas, com fundamento no art. 395 e incisos do CPP e pelo motivo da Sentença responde às alegações da defesa.

5) Seja reconhecida a violação aos artigos 564, inc. III, alínea 'h' e 616, ambos do Código de Processo Penal, declarando nula a sentença, observando-se o art. 5º, inc. LV da Constituição Federal, artigo 2º e artigo 3º, alíneas 'b' e 'e' do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992 (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) e artigo 2º, alínea 'f' da Convenção Americana De Direitos Humanos (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA), determinando a intimação e oitiva da testemunha PAULO SÉRGIO DA SILVA, brasileiro, divorciado, fotógrafo, portador do RG nº 24.864.396-4, e CPF nº 251.186.248-43, residente e domiciliado na Rua Bandeirantes, nº 225, bairro centro, Birigui – SP, CEP: 16200-144, endereço eletrônico: paulosergiofotografo75@gmail.com; Telefone/Contato: (18) 3641-6819; arrolada na defesa preliminar, por ser essa testemunha de defesa essencial para comprovar a ausência de envolvimento do apelante com o tráfico de drogas, após ouvida em juízo, seja prolatada nova Sentença.

6) Seja reconhecida a violação ao artigo 156 do Código de Processo Penal, ante ausência robusta de autoria delitiva e reconhecimento expresso da autoridade policial (única testemunha e prova da acusação) de que há dúvidas sobre a participação do agravante, absolvendo o agravante da acusação lhe imposta na Denúncia com fundamento no art. 386, inc. II, V, ou VII do CPP.

7) Seja afastada a agravante de interestadual por estar comprovado que o agravante não viajou pelo documento emitido pela

PRF, ou seja a sentença declarada nula por falta de fundamentação devendo outra ser proferida no lugar levando em consideração todos os documentos produzidos pela defesa.

8) Seja reconhecida violação aos artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal, bem como afronta o princípio da verdade real, motivo pelo qual merece o processo ser declarado nulo desde a Sentença, devendo outra ser proferida no lugar considerando os documentos juntados pela defesa.

9) Se mantida a condenação, seja reconhecida a violação aos artigos 29, 33, 44, 59, 62 e 68 do Código Penal, fixando a pena base no mínimo legal (03 anos), a ser descontada no regime inicial ABERTO, substituindo por alternativas.

10) Por derradeiro, se mantida a condenação e a pena, seja fixado o regime inicial SEMIABERTO, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea 'b' do Código Penal" (fls. 64-66, doc. 61).

7. O Ministério Público Federal e o Ministério Público de São Paulo não apresentaram contrarrazões ao recurso (docs. 82 e 83).

Examinada a matéria posta à apreciação, **DECIDO**.

8. No acórdão objeto deste recurso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ratificou a decisão monocrática e não conheceu do agravo regimental. Assentou que a interposição simultânea de recurso especial na origem e a impetração de *habeas corpus* contra o mesmo julgado, ambos de competência do Superior Tribunal de Justiça, importariam em contrariedade ao princípio da unirrecorribilidade. Confirmam-se o voto condutor do julgamento:

"Trago à análise da Turma agravo regimental de MARCOS APARECIDO DONA contra a decisão de fls. 464/469, de não conhecimento do habeas corpus impetrado em seu favor. Eis a ementa do decisum ora impugnado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CONCOMITANTE INTERPOSIÇÃO DO RESPECTIVO RECURSO NA ORIGEM. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. RÉU EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.

Writ não conhecido.

Nesta via, o agravante alega que o recurso especial ainda está na origem, não havendo nem sequer previsão para subir a esta Corte, que o caso aguarda julgamento final há mais de uma década, que está com seu direito de ir e vir parcialmente restrito há quase 14 anos, o que facilmente pode cessar, se conhecido este recurso e acatada a tese da violação do artigo 28-A do CPP e art. 5º, XL da CF, possibilitando o Ministério Público decidir pelo Acordo de Não Persecução Penal e que as matérias reclamadas são apenas de direito, inexistindo a necessidade de reanálise de provas (fl. 473).

Requer a retratação da decisão hostilizada e, caso não seja possível, seja provido o agravo regimental para que possa ser concedida a ordem nos termos da inicial do writ.

Não abri prazo para o agravado apresentar contrarrazões ao agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

No caso, o agravante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o desacerto da decisão agravada, mediante impugnação clara e específica dos fundamentos do decisum combatido, que foram assim expostos (fls. 468/469):

[...] O writ não merece ir adiante.

Simultaneamente ao ajuizamento deste pedido de habeas corpus, houve a interposição de recurso especial na origem, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite a tramitação concomitante de recursos e habeas corpus manejados contra o mesmo ato, sob pena de violação do princípio

da unirrecorribilidade (AgRg no HC n. 678.593/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 27/9/2022).

Além disso, ao paciente foi garantido o direito de apelar em liberdade, e não há nenhuma informação de que tenha sobrevindo a decretação da prisão preventiva desse réu em razão da ação penal ora em questão. A liberdade de ir e vir dele não está em perigo.

É nítido o intento de subverter a sistemática processual existente.

Sem contar que a impetração, ao fim e ao cabo, esbarra em reexame de fatos e de provas, na indevida pretensão de suprimir instância e na falta de demonstração de evidente constrangimento ilegal.

Pelo exposto, não conheço do habeas corpus.

As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir a motivação da decisão agravada. Assim, à falta de contrariedade eficiente, mantêm-se hígidos os motivos expendidos pela decisão recorrida.

É inviável, portanto, o agravo regimental ou interno que deixa de atacar os fundamentos da decisão agravada, de acordo com os arts. 932, III e 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil – CPC de 2015 e a Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes (AgRg no AREsp n. 936.228/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 25/5/2017).

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental” (doc. 55).

9. A aplicação da regra da unirrecorribilidade recursal não se aplica em caso de *habeas corpus* pela nobreza e peculiaridade constitucional dessa garantia fundamental.

O decidido pelo Superior Tribunal de Justiça não se harmoniza com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, consolidada no sentido de que a possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário não afeta a admissibilidade de *habeas corpus* impetrado contra o mesmo ato.

RHC 241972 / SP

Admite-se, assim, impetração de *habeas corpus* simultânea ou em substituição àqueles recursos.

Neste sentido, por exemplo, os seguintes julgados deste Supremo Tribunal:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NÃO CONHECIMENTO PELA INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTO NECESSÁRIO PARA ADMISSIBILIDADE DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. CONCESSÃO DA ORDEM PARA DETERMINAR QUE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EXAMINE O MÉRITO DO HABEAS CORPUS N. 656.851/SP” (HC n. 228.330, de minha relatoria, DJe 25.5.2023).

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONTRA ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME EM APELAÇÃO DA DEFESA. SÚMULA N. 207/STJ: RECURSO ESPECIAL NÃO É PRESSUPOSTO NECESSÁRIO OU CRITÉRIO PARA ADMISSIBILIDADE DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. SEGUIMENTO NEGADO AO HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO PARA DETERMINAR QUE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EXAMINE O MÉRITO DO HABEAS CORPUS N. 660.289/SP” (HC n. 206.883, de minha relatoria, DJe 27.9.2021).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O caráter substitutivo de recurso extraordinário não impede o

conhecimento da impetração. Precedentes.

2. *Conforme a jurisprudência desta Turma, as condenações passadas não podem gerar valoração desfavorável dos antecedentes fora do período depurador. Precedentes.*

3. *Agravo regimental desprovido” (HC n. 157.574-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 3.9.2019).*

“(…) HABEAS CORPUS – RECURSO ESPECIAL – SUBSTITUTIVO. O fato de o habeas corpus surgir como substitutivo de recurso especial não é obstáculo à admissibilidade. (...)” (HC n. 122.987, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 26.11.2018).

“Recurso ordinário em habeas corpus. Impetração da qual não conheceu o Superior Tribunal de Justiça, por ser ela substitutiva de recurso especial. Entendimento que não se coaduna com o entendimento da Corte. Precedentes. Alegação de ofensa à vedação da reformatio in pejus e ao princípio da individualização da pena. Não ocorrência. Recurso não provido.

1. *A Corte não tem admitido a rejeição da impetração perante o Superior Tribunal de Justiça a pretexto de se cuidar de substitutivo de recurso especial cabível (HC nº 115.715/CE, Primeira Turma, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/6/13). (...)” (RHC n. 119.149, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7.4.2015).*

10. A circunstância de estar o recorrente em liberdade não é fundamento para obstar cabimento do *habeas corpus*, pois as matérias nele debatidas (justa causa para a ação penal e nulidades processuais) podem ser objeto de discussão em *habeas corpus*, conforme previsão expressa do Código de Processo Penal (incs. I e VI do art. 648).

11. Pelo exposto, **dou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para determinar que, afastado o óbice processual imposto, o**

RHC 241972 / SP

Superior Tribunal de Justiça analise o *Habeas Corpus* n. 798.732, julgando-o como de direito.

Oficie-se ao Relator do *Habeas Corpus* n. 798.732, Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, para, com urgência, ter ciência desta decisão e adotar as providências necessárias a seu integral cumprimento.

Publique-se.

Brasília, 8 de julho de 2024.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora