HABEAS CORPUS Nº 464.559 - SP (2018/0207986-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	ANTONIO DONATO
ADVOGADO	:	ANTÔNIO DONATO - SP045278
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CARLOS EDUARDO SILVA LIMA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em favor de **CARLOS EDUARDO SILVA LIMA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, sendo denegado o direito de apelar em liberdade.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, que conheceu em parte da impetração e, na parte conhecida, denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 27):

> "*HABEAS CORPUS* – Sentença condenatória contra a qual foi interposto recurso de apelação – Inconformismo quanto ao cálculo das penas, regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Impossibilidade de cognição ampla de prova em sede de *habeas corpus* – Via eleita inadequada – Inexistência da demonstração de ilegalidade manifesta – Pleito de recurso em liberdade. Descabimento. Paciente que permaneceu preso durante todo o processo. Decisão denegatória suficientemente fundamentada. Constrangimento ilegal não caracterizado Ordem conhecida em parte e, nesta, denegada."

Neste *writ*, o impetrante alega que por ser primário faz jus ao benefício de recorrer em liberdade – assim como deferido ao corréu Bruno Gabriel dos Santos.

Sustenta que "a pena aplicada ao paciente merece ser redimensionada, haja vista sua primariedade, bem como não faz parte de qualquer organização criminosa, de forma que de rigor a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (e-STJ, fl. 5).

Em consequência do reconhecimento da minorante, argumenta ser juridicamente possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, ainda, a fixação de regime inicial aberto.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para poder recorrer em liberdade; a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e a fixação de regime inicial aberto.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 36).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 42-58), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 60-63).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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.

Inicialmente, verifica-se que as questões acerca da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como o regime inicial de cumprimento de pena e a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foram objeto de exame pelo Tribunal de origem, de maneira que está impedida sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VALOR DA FIANÇA. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA DO PACIENTE. ADEMAIS O PAGAMENTO JÁ FOI EFETUADO. NULIDADES. NECESSIDADE DO EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. A suposta retenção indevida do seu passaporte não foi submetida a debate na instância ordinária, sendo que este Tribunal Superior encontra-se impedido de pronunciar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância.
> 2. Mostra-se correta a manutenção do valor da fiança arbitrado, por ter o recorrente não demonstrado a sua incapacidade financeira, além de já ter efetuado o pagamento da mesma.
> 3. O Tribunal de origem entendeu que não houve comprovação das nulidades alegadas. Assim, é inadmissível o enfrentamento dessas questões na via estreita do habeas corpus, ante o necessária exame aprofundado do conjunto probatório, o qual deverá ser realizada pelo Juízo competente para a instrução e julgamento da causa.
> 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no RHC 74.112/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 5/2/2019, DJe 14/2/2019.)

> "AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA. FALTA DE CÓPIA DO DECRETO ORIGINAL DE PRISÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NA ORIGEM EM RAZÃO DA INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TEMA DE FUNDO NÃO ENFRENTADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE.
> 1. Inexiste violação do princípio da colegialidade, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, quando a decisão monocrática for proferida com base na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.
> 2. Hipótese em que o impetrante não se desincumbiu do seu dever de possibilitar o adequado enfrentamento da matéria pelo Tribunal de origem, por não haver juntado aos autos do *writ* originário cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do ora agravante, não

> havendo como se enfrentar a questão diretamente nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
> 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no RHC 99.489/CE, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 13/12/2018, DJe 4/2/2019.)

Resta, portanto, a análise da ocorrência de eventual ilegalidade na manutenção da prisão do paciente por ocasião da condenação.

O impetrante assevera que o paciente faria jus ao benefício de recorrer em liberdade, porque esse mesmo benefício foi conferido ao corréu Bruno Gabriel dos Santos, argumentando que ambos são primários.

Contudo, a manutenção da preventiva pelo Juízo monocrático deu-se em razão de persistirem os motivos da prisão cautelar e para se preservar a ordem pública, pois o paciente dedica-se à mercancia ilícita. Veja-se (e-STJ, fl. 25):

> "Denego ao acusado CARLOS EDUARDO o direito de apelar em liberdade, pois ainda presentes as mesmas razões que ensejaram a decretação de sua prisão cautelar (fls. 150/151), as quais ratifico nesse momento. Ressalto ainda que a prisão é necessária para a preservação da ordem pública, porque restou comprovado que o réu faz do tráfico um meio de vida, inclusive com o envolvimento de adolescente, razão pela qual apenas o encarceramento fará com que cesse a reiteração criminosa. Ademais, o tráfico de drogas é um delito de grande perniciosidade social, o qual está sempre associado a uma organização criminosa, em maior ou menor grau de proximidade, e com desdobramentos em outros crimes."

O Tribunal *a quo* assim manteve a decisão singular (e-STJ, fl. 28):

> "A ordem impetrada deve ser conhecida em parte e, nesta, denegada.
> [...]
> Quanto ao recurso em liberdade, verifica-se que o paciente está preso desde o flagrante (convertido em preventiva – fls. 02/10 ou 99/107 e 67/68 ou 70/71 ou 150/151 do processo nº 0000236-66.2017.8.26.0612) e, com a prolação da sentença condenatória, teve negado o recurso em liberdade.
> Constata-se que o d. Magistrado fundamentou suficientemente a manutenção da segregação provisória, agora agravada pela condenação; também não vislumbrou outros elementos de convicção favoráveis ao paciente, *litteris*:
> [...]
> Como se sabe, o direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica a réu já preso desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva (STJ HC nº 87663/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20.11.2007; STF HC nº 95685/SP, 2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, j. 13.12.2008; TJSP HC nº 2151740-49.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Nelson Fonseca Júnior, j. 24.09.2015), o que ocorre na hipótese em análise.
> Saliente-se, por oportuno, que no caso não há violação ao princípio da presunção da inocência, o qual não constitui obstáculo jurídico para que se efetive, desde logo, a aplicação de medidas cautelares como, por exemplo, a prisão preventiva ou negativa do recurso em liberdade (STF, HC nº 77663-4/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJU

> 10/08/98, p. 128).
> Logo, nos limites da discussão autorizada no *habeas corpus*, não há como reconhecer o constrangimento ilegal capaz de justificar a soltura pretendida.
> *Ex positis*, conhece-se em parte da impetração denegando-a na parte conhecida."

Não há, pois, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a prisão do paciente foi mantida visando a preservação da ordem pública, já que o réu, ainda que tecnicamente primário, possui outra condenação pela prática do mesmo delito de tráfico de entorpecentes, respondendo preso a todo o processo. Vale salientar que a condição pessoal favorável, como a primariedade, por si só, não tem o condão de afastar a prisão cautelar.

A propósito, confiram-se estes precedentes:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. PLEITOS DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO EM LIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO AO MEIO SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.
> 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
> 2. Os pleitos de modificação do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não foram examinados pela Corte de origem no acórdão impugnado, eis que pendente de apreciação recurso de apelação criminal interposto pela defesa, o que obsta a sua análise por este Tribunal Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância. Precedentes.
> 3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.
> 4. A prisão preventiva foi adequadamente mantida pelo Magistrado sentenciante e pela Corte estadual, ante a demonstração da gravidade concreta da conduta e da periculosidade do agente,

evidenciadas pela quantidade e natureza altamente deletéria das drogas apreendidas - 18 eppendorfs de cocaína com peso de 22,87g -, circunstâncias que, somadas à apreensão de diversas munições calibre 38 e ao fato de o paciente ostentar várias apurações de atos infracionais anteriores, inclusive por tráfico de entorpecentes, revelam risco ao meio social, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.
5. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau.
6. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.
7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 441.396/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 5/2/2019, DJe 14/2/2019.)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENOR. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. MESMOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. MODO INICIAL SEMIABERTO IMPOSTO NA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DE REGIME. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.
2. O advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva quando as razões que levaram à manutenção da preventiva foram as mesmas apontadas por ocasião da decisão primeva, não havendo que se falar em prejudicialidade do remédio constitucional. 3. Não há constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública, em razão do fundado risco de reiteração delitiva.
4. O fato de o paciente responder a outro processo pela prática de delito de tráfico de drogas e posse de arma de fogo de uso restrito,

tendo sido beneficiado com liberdade provisória dias antes do cometimento do delito em apreço, é circunstância que revela a sua periculosidade social e inclinação à prática de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.
5. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.
6. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos.
7. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva.
8. Firmada a culpabilidade do paciente e proferida sentença condenatória, impondo-lhe reprimenda a ser cumprida em regime semiaberto, mostra-se a prisão cautelar desproporcional.
9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o paciente aguarde em regime semiaberto o esgotamento da jurisdição ordinária." (HC 446.838/PR, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 13/12/2018, DJe 1º/2/2019.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.
Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator