HABEAS CORPUS Nº 491.546 - SP (2019/0030324-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTROS
ADVOGADOS	:	AHMAD LAKIS NETO - SP294971
		DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
		GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP0252422
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GILSON FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de GILSON FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 853.938-3/7-00.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 22/4/2004 pela prática de tráfico ilícito de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368/76). Em 17/12/2004, foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa (fls. 31/37).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento aos recursos e, de ofício, alterou o regime integralmente fechado para a forma progressiva, em acórdão assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE A R. SENTENÇA DEVE SER MODIFICADA PARA RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 14, DA LEI N. 6368/76. TESE SUPLETIVA DE RECONHECIMENTO DA ASSOCIAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 18, III, DA CITADA LEI.*
>
> *APELAÇÃO DEFENSIVA QUANTO A NÃO EXISTIREM PROVAS DEMONSTRATIVAS DA CO-AUTORIA DO APELANTE, QUE BEM EXPLICOU COMO OS FATOS SE PASSARAM.*
>
> *CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS TERMOS DO ART. 12, DA LEI N."6368/76.*
>
> *CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INCRIMINA O PROCESSADO, MAS QUE NÃO AUTORIZA O RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO AO ART. 14, DA ALUDIDA LEI, POR FALTA DE PROVAS QUANTO A TAL, OBSERVANDO-SE AINDA QUE A LEI N° 11.343/06 AFASTA A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 18, III, DA LEI N.° 6.368/76.*
>
> *DE CONSIDERAR-SE, TODAVIA, QUE, COM A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N" 11.343/06, HÁ QUE SE ALTERAR O REGIME PRISIONAL FIXADO, PARA A FORMA PROGRESSIVA* (fl. 22).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta ser possível a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 sobre a pena do art. 12 da Lei n. 6.368/76, bem como a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, que seja concedida ao paciente a redução da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, a imposição do regime inicial de cumprimento de pena aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 43/44). As informações foram prestadas pela instância ordinária (fls. 48/72).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fl. 74).

É o relatório.

Decido.

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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 sobre a pena aplicada ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Verifico que os pedidos deduzidos neste *habeas corpus*, não foram sequer apresentados ao Tribunal *a quo* no recurso de apelação, porquanto a defesa limitou-se a pedir a absolvição do paciente. Assim, considerando que as matérias não foram analisadas pela instância ordinária, fica vedado seu exame por esta Corte Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados, de ambas as turmas deste Tribunal Superior de Justiça que julgam matéria penal:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.

SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NEGATIVA DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DO FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DA PREVENTIVA. IRREGULARIDADE SUPERADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO PREVENTIVO. CONSTATAÇÃO. REDUZIDA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. 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. Não há como se examinar a alegada negativa de autoria e a tese de desclassificação do delito para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, já que tais questões não foram objeto de exame pela Corte de origem no acórdão impugnado, o que impede a apreciação diretamente por este Superior Tribunal, dada sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância.

3. A pretensão de reconhecer a nulidade do flagrante resta superada quando superveniente novo título a embasar a custódia cautelar, qual seja, o decreto preventivo.

4. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

5. As circunstâncias do caso autorizam a conclusão pela desnecessidade da medida extrema, uma vez que o acusado foi denunciado pela posse de reduzida quantidade de material tóxico, a demonstrar que não se trata de tráfico de grandes proporções, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

5. Ademais, em que pese o agente possua em seu histórico criminal anotação, a condenação ocorreu há mais de três décadas, o que corrobora a conclusão pela desproporcionalidade da prisão ante tempus.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para revogar a prisão preventiva do paciente (HC 447.846/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 22/11/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE

DROGAS.

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ JULGADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. TEMAS NÃO APRECIADOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r.

decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - No que se refere à revogação da prisão preventiva, referida insurgência já foi alvo de apreciação, por ocasião do julgamento do HC n. 401388/SP, oportunidade em que o habeas corpus não foi conhecido.

III - As irresignações relativas à não aplicação da redutora do tráfico de drogas e ao regime inicial de cumprimento de pena não foram objeto de apreciação pelo eg. Tribunal de origem, na medida em que o recurso de apelação ainda não foi julgado. Assim, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre os temas aventados na presente impetração, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 443.547/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 30/04/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 E REGIME PRISIONAL. TEMAS NÃO DEBATIDOS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELO EM LIBERDADE. RÉ QUE RESPONDEU AO FEITO ENCARCERADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Os pleitos referentes à dosimetria da pena e à alteração do regime prisional não foram objetos de exame no acórdão impugnado, o que impede esta Corte de conhecê-los, sob pena de indevida supressão de um grau de jurisdição. Precedentes.

3. Nos termos do § 1º do art. 387 do CPP, o magistrado,

ao proferir sentença condenatória, decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

4. Hipótese em que o apelo em liberdade foi negado à paciente, por subsistirem os motivos ensejadores da prisão preventiva decretada com amparado na garantia da ordem pública, em razão da quantidade, da natureza e da variedade dos entorpecentes apreendidos (192,98g de maconha e 23,05g de cocaína).

5. "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" (HC 396.974/BA, Rel.

Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017).

6. Habeas corpus não conhecido (HC 432.171/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/04/2018).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator