**HABEAS CORPUS Nº 503.490 - SP (2019/0101050-5)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ** |
| IMPETRANTE | : | JAIR FERREIRA GONCALVES |
| ADVOGADO | : | JAIR FERREIRA GONÇALVES - SP074834 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | HARIADNE LEANDRA DE OLIVEIRA |

## DECISÃO

**HARIADNE LEANDRA DE OLIVEIRA** alega sofrer coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,** nos autos da Apelação n. 0001110-47.2018.8.26.0408-SP.

Consta do processo que a paciente foi condenada a 5 anos de reclusão, como incursa no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pena a ser cumprida em regime fechado.

Segundo o impetrante (fls. 4-5, grifei):

> Irresignada, propôs recurso de apelo junto ao R. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, buscando desclassificação de sua conduta para inteligência do art. 28 da Lei de Tóxicos, bem como ainda, se mantida, o reconhecimento do tráfico privilegiado e consequente abrandamento de pena e cumprimento em regime menos rigoroso (aberto), restando mantida a R. sentença *a quo*.
> **Que, interpôs Revisão Criminal, estando aguardando seu processamento, com o fito específico de reconhecimento do direito às benesses do tráfico privilegiado, eis que a quantia é ínfima, é primária, de bons antecedentes, SENDO O DIREITO LHE NEGADO TÃO SOMENTE POR, QUANDO MENOR, TER TIDO UM PROCEDIMENTO DA MESMA NATUREZA, ocorrendo então uma aberração jurídica.**
> **Determinou o Tribunal Coator expedição de mandado de prisão após encerrados os recursos de segunda instância, o que ora ocorre**.
> Que, em virtude da discussão de prisão após confirmação de sentença em 2º grau, está na iminência de ser presa (entendimento ora esposado – e combatido – por este Egrégio Tribunal).

A insurgente requer (fls. 8-9, destaquei):

> Como se vislumbra da decisão guerreada, o único óbice à concessão das benesses do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, à Paciente, fora a reincidência, fato este exsurgido dada a ocorrência ade fato quando da menoridade.
> Como se vê está latente a ofensa ao direito.
> Possui todos os requisitos para a causa de diminuição de pena e fixação de regime brando (aberto).
> **Por fim, deverá ser URGENTEMENTE COMUNICADO O JUIZO DE COATOR para que deixe de expedir mandado de prisão em desfavor da Paciente, aguardando-se o julgamento da Revisão Criminal interposta.**
> Isto posto, na esteira dos longos aspectos fáticos-jurídicos expostos nesta impetração, mercê das sábias e venerandas considerações desta Colenda Corte, pugna a Paciente, face a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, pleitear **seja apreciado, LIMINARMENTE,** o presente pedido e, consequentemente, seu deferimento.
> Por fim, requer seja nos moldes acima, após as luzes vindas da Procuradoria, **seja a ordem deferida no mérito**, para em liberdade, aguardar todo o deslinde do procedimento, como medida de oportuna e esperada JUSTIÇA, **para que determine, deixe o Tribunal de Justiça de expedir o mandado de prisão, até final julgamento de mérito** e, devendo ser inaplicada a modificação em *melius* no V. aresto e, assim ocorrendo, também deverá, no caso específico desta Paciente, ser lhe deferida as benévolas do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, diminuindo-se sua pena e modificado o regime lhe imposto, ao aberto, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal, a final, seja deferida a presente ordem como medida de justiça (*sic*).

A Corte de origem, às fls. 322-351, negou provimento ao recurso defensivo, manteve a sentença condenatória e determinou a **execução imediata da sentença**, motivo pelo qual a defesa, a par de interpor **revisão criminal** – pendente de julgamento –, **impetra este habeas corpus, com o objetivo de obter medida liminar para suspender o cumprimento provisória da pena**.

O impetrante assere (fl. 5):

> Que interpôs Revisão Criminal, estando aguardando seu

> processamento, com o fito específico de reconhecimento do direito às benesses do tráfico privilegiado, eis que a quantia é ínfima, é primária, de bons antecedentes, SENDO O DIREITO LHE NEGADO TÃO SOMENTE POR, QUANDO MENOR, TER TIDO UM PROCEDIMENTO DA MESMA NATUREZA, ocorrendo então uma aberração jurídica.

**Decido.**

Em princípio, observo que até o julgamento do **HC n. 126.292/SP**, eram numerosos os julgados nos quais juízes asseguravam ao réu o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, alinhados ao firme entendimento da Suprema Corte. Tal circunstância, todavia, não se mostrou impedimento para que o Pleno daquela Corte modificasse sua própria jurisprudência, e passasse a entender possível a execução da pena antes do esgotamento de todos os recursos.

O fato de o Magistrado, portanto, haver concedido ao denunciado o direito de permanecer em liberdade era uma praxe que, até há poucos dias, continuava a ser reproduzida nas decisões, porque era essa a realidade: a de aguardar-se o trânsito em julgado para o início do cumprimento da reprimenda.

Portanto, não vejo como essa orientação, que prevaleceu até o julgamento do **HC n. 126.292/SP**, possa servir de obstáculo a que a nova jurisprudência se concretize na hipótese, à vista mesmo da própria natureza provisória da decisão – natureza *rebus sic standibus* – que concedeu ao paciente o direito de se manter em liberdade.

Além disso, **o Superior Tribunal de Justiça**, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal – "prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*" (**HC n. 320.306/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., Dje 11/10/2016) – **não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio** (apelação, recurso especial, recurso ordinário), **tampouco à revisão criminal** ou à **medida cautelar**, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do acusado, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **não constato a ocorrência de flagrante ilegalidade** a ensejar o processamento deste *writ*.

Com efeito, **o pleito vindicado neste remédio heroico é inadmissível de conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça**, tanto porque, como já ressaltado, a ação constitucional do habeas corpus não é o meio idôneo para conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários (*lato sensu*), à guisa de servir como substituto de medida cautelar inominada, como **porque o conhecimento por esta Corte do pleito de medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo fica condicionado ao juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo,* consoante comando das Súmulas n. 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal**.

Nesse sentido é a orientação do STJ e também da Suprema Corte:

> HABEAS CORPUS. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> 1. Tem-se utilizado, não sem razão, do *writ* a fim de se garantir a efetividade do direito fundamental à liberdade e combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder.
> 2. O meio recursal previsto para que esta Corte aprecie pedido de eventual concessão de efeito suspensivo a recurso é a medida cautelar inominada, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.
> 3. O provimento de recurso de apelação na Corte de origem, incluindo nova condenação por crime diverso, não caracteriza, em princípio, ilegalidade patente, a ser reparada pela via do habeas corpus, nem mesmo autoriza a concessão da liminar, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, até porque a impetração não narra qualquer ilegalidade, mas sim mera conveniência do impetrante em cumprir a pena em regime mais brando, imposto pela sentença de primeiro grau, em sede de execução provisória.
> 4. Habeas corpus não conhecido. (**HC n. 187.165/RS**, Rel. Ministro **Marco Aurelio Bellizze**, 5ª T., DJe 29/6/2012)
>
> HABEAS CORPUS. Impetração para dar efeito suspensivo a recurso. Inadmissibilidade. Inexistência de

> ameaça ou lesão a direito de ir, vir ou ficar. Remédio destinado à tutela da liberdade de locomoção. Pedido indeferido in limine. Precedente. Aplicação do art. 5º, LXVIII, da CF. Agravo prejudicado por fato superveniente. Habeas corpus não é remédio processual adequado para obtenção de efeito suspensivo a recurso.
> (**HC n. 95.147** AgR/DF, Rel. Ministro **Cezar Peluso**, 2ª T., DJe 7/8/2009)

Entretanto, o caso concreto trata de hipótese carente de prévias análises por parte dessa Corte Superior – o que se traduz em inexistência de jurisprudência assentada sobre os temas –, de modo a impossibilitar a necessária demonstração, em juízo prelibatório, do imprescindível *fumus boni iuris* acerca da questão recorrida.

À vista da evidente caracterização deste *mandamus* como substitutivo de pedido de tutela provisória, e ainda não inaugurada a competência desta Corte Superior para o seu exame, **indefiro liminarmente** o *writ*, a teor do disposto no art. 210 do RISTJ.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**