

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 119.908 - SP (2019/0326231-1)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : GABRIEL EDUARDO LIMA FISCHER (PRESO)
ADVOGADO : LEANDRO LOURENÇO DE CAMARGO - SP213736
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por GABRIEL EDUARDO LIMA FISCHER, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso preventivamente, e posteriormente, foi condenado à pena **5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado**, mais 500 (quinhentos) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006; sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação do decreto prisional. O eg. Tribunal de origem denegou a ordem, em v. acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06. Substituição da pena privativa de liberdade. Modificação de regime. Não acolhimento. Matéria de mérito, que revolve prova. Incompatibilidade com a via estreita do writ, de cognição sumária e não exauriente – conhecimento excepcional dos pedidos. Recurso em liberdade. Impossibilidade. Réu que respondeu ao processo preso. Persistência dos requisitos da custódia cautelar. Impossibilidade de reforma da r. sentença, porquanto bem fundamentada na gravidade em concreto da conduta e nas circunstâncias do crime – ORDEM DENEGADA" (fl. 227).

Daí o presente recurso ordinário, no qual alega o recorrente que estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação idônea da Sentença que manteve a sua segregação cautelar. Pondera, neste sentido,

que a prisão cautelar foi decretada pela gravidade em abstrato da conduta supostamente praticada.

Ressalta que é primário e de bons antecedentes, e não participa de organização criminosa, tampuco há habitualidade delitiva.

Aduz ainda, que o ora recorrente faz jus a redução da pena com arrimo no §4º do art. 33 da lei 11.343/06, e consequentemente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e a fixação da pena base no mínimo legal, bem como pelo abrandamento do regime inicial.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa, prevista no art. 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida às fls. 284-286.

As informações foram prestadas às fls. 290-293.

O Ministério Público Federal, às fls. 297-305, manifestou-se pelo **desprovemento** do recurso, mas pela **concessão de habeas corpus de ofício**, para que seja fixado o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, em parecer assim ementado:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06, DA FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO PARA CUMPRIMENTO DE PENA E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL ESTADUAL, EM RAZÃO DO HABEAS CORPUS TER SIDO IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO À APELAÇÃO CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. POSTERIOR JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. RECORRENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PRETENDIDA. ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICO-PROBATÓRIAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECORRENTE PRIMÁRIO E PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SUFICIÊNCIA DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR

RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECORRENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA. REITERAÇÃO DELITIVA. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO, MAS PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA QUE SEJA FIXADO O REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DE PENA" (fls. 279-305).

É o relatório.

Decido.

Pretende o recorrente, **em síntese**, por meio do presente recurso ordinário, o reconhecimento da ausência de fundamentação da r. sentença que manteve a sua prisão preventiva, bem como a redução da pena com arrimo no §4º do art. 33 da lei 11.343/06, e consequentemente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, além da fixação da pena base no mínimo legal, bem como abrandamento do regime inicial.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (**v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012**).

Por oportuno, cumpre registrar que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a superveniência de sentença condenatória, embora constitua novo título judicial, não tem o condão de, por si só, prejudicar o **writ**, quando mantidos os fundamentos da segregação cautelar do decreto prisional primevo, **como ocorreu no caso**.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA (5 ANOS E 4 MESES EM REGIME SEMIABERTO). NEGADO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. MODUS OPERANDI. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ADEQUAR A PRISÃO AO REGIME FIXADO.

[...]

III - Lado outro, na linha da jurisprudência desta Corte, a superveniência de novo título prisional (sentença condenatória) somente prejudica o anterior se forem agregados novos fundamentos para a manutenção da segregação cautelar, fato inocorrente na espécie.

IV - Estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, devem os recorrentes aguardar o trânsito em julgado das condenações em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória.

Recurso ordinário desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar que os recorrentes aguardem o trânsito em julgado das condenações no regime semiaberto" (RHC n. 60.033/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1º/4/2016, grifei).

Na hipótese, a r. sentença condenatória negou ao recorrente o direito de recorrer em liberdade nos seguintes termos, **in verbis**:

"Conforme acima exposto, continuam presentes os requisitos da prisão preventiva, notadamente em face dos indicativos de que o réu vem reiterando no crime de tráfico de drogas, de modo que fica mantida a prisão cautelar. Recomende-se o réu no cárcere em que se encontra preso, servindo-se a presente de ofício" (fl. 53, grifei).

Transcrevo, para delimitar a **quaestio**, conforme menção em sentença condenatória, o seguinte excerto da r. decisão que decretou a prisão

cautelar, **in verbis**:

*"Os policiais na escada onde o indivíduo estava, encontraram uma saquinho contendo em seu interior 47 porções aparentado ser MACONHA, 32 pinos de substancia aparentando ser COCAÍNA e R\$ 50,00 reais em notas diversas. O indivíduo foi identificado por GABRIEL EDUARDO LIMA FISCHER. O crime em tese praticado pelo custodiado é gravíssimo, desagregador da sociedade. A prisão cautelar encontra respaldo na interpretação da Carta Magna e legislação infraconstitucional, além de remansosa corrente jurisprudencial. Note-se, inclusive, que o averiguado possui condenação por crime de mesma natureza, e, enquanto adolescente, já ostentava envolvimento com a prática de diversos ilícitos, tendo cumprido medidas de liberdade assistida, que, por certo, não lhe foram bastante a afastá-lo dessa vida de criminalidade. Há, dessa forma, necessidade da custódia para acautelamento do meio social. Não se vislumbra nesse momento de análise dos requisitos de formalidade e regularidade da prisão a possibilidade de reconhecimento do privilégio, capaz de autorizar a liberdade provisória do imputado. No presente caso, os indícios de autoria são robustos e a materialidade está estampada pelo laudo de constatação acostado. Não se verifica, pelas circunstâncias do fato e quantidade de entorpecentes apreendidos, tratar-se o imputado de mero usuário de drogas, razão pela qual a constrição cautelar, neste momento, se revela necessária. Trata-se da proteção eficiente de bem jurídico relevante, considerando-se o grau de desagregação social que a mercancia de entorpecentes acarreta atualmente na sociedade. Dessa forma, presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e em obediência ao disposto no artigo 310, II, da mesma Lei, **CONVERTO a prisão em flagrante de GABRIEL EDUARDO LIMA FISCHER, em preventiva**" (fl. 32, grifei).*

A análise do excerto acima transcrito permite a conclusão de que a decisão do Juízo que determinou a segregação cautelar do recorrente encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, uma vez que fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de **garantia da ordem pública**, notadamente em razão de o recorrente ostentar registros criminais, tendo o d. juízo processante consignado que: *"o averiguado possui condenação por crime de mesma natureza, e, enquanto adolescente, já ostentava envolvimento com a prática de diversos ilícitos, tendo cumprido medidas de liberdade assistida"*, o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e justifica a imposição

da segregação cautelar ante o **fundado receio de reiteração delitiva**.

Cito, a fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ANOTAÇÕES PELA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA CONSTRITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 312 do Código de Processo Penal apresenta como pressupostos da prisão preventiva o periculum libertatis e o fumus commissi delicti, este caracterizado pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; aquele consiste no perigo que a permanência do agente em liberdade representa para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e para a segurança da própria coletividade (ordem pública).

2. O decreto preventivo fundamentado em anotações de atos infracionais, no caso, mostra-se válido na projeção do vetor da ordem pública, segundo juízo prospectivo de reiteração delitiva.

3. Segundo reiteradas manifestações deste Superior Tribunal, a existência de inquéritos, ações penais em curso, anotações pela prática de atos infracionais ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar. Precedentes do STJ.

4. A Corte local, examinando as circunstâncias do flagrante, tidas como graves pela Magistrada de primeiro grau (que mencionou a apreensão de entorpecentes e de arma de fogo), justificou a necessidade da prisão preventiva na apreensão de significativa quantidade de cocaína (100g), além de rádios comunicadores, um revólver calibre .38 carregado com seis munições e uma submetralhadora artesanal calibre 380 carregada com 13 munições, o que evidencia a gravidade em concreto da conduta, com escoro em elementos que emergem dos autos, segundo a "via de mão dupla" que marca as cautelares no Processo Penal, a cláusula rebus sic stantibus.

5. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no

sentido de que não há ilegalidade na "custódia devidamente fundamentada na periculosidade do agravante para a ordem pública, em face do modus operandi e da gravidade em concreto da conduta" (HC 146.874 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2017, DJe 26/10/2017).

6. *Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n.º 12.403/2011.*

7. *Recurso ordinário desprovido.*" (RHC 106.326/MG, **Sexta turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 24/04/2019-grifei.)

"HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO. PRISÃO DOMICILIAR. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. MEDIDAS ALTERNATIVAS. INADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. *Matéria não apreciada pelo Tribunal de origem não pode ser diretamente enfrentada por estar Corte Superior, sob pena de supressão de instância.*

2. *Apresentada fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na gravidade concreta do crime, pela indicação da diversidade e quantidade de armas e munições apreendidas, não há que falar em ilegalidade do decreto de segregação cautelar.*

3. *Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública.*

4. *Habeas corpus denegado.*" (HC 495.397/GO, **Sexta turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 13/06/2019-grifei.)

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 52/STJ. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ENCERRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1.

Havendo prova da existência do crime e indícios

suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

2. No caso dos autos, a prisão preventiva foi devidamente fundamentada na necessidade de se resguardar a ordem pública, em face da periculosidade do recorrente, pois inserido na senda criminosa, evidência que se denota pela reincidência, além de estar em curso execução de pena, de modo que a medida se destina a evitar a reiteração delitiva. 3. **"Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade"** (RHC 107.238/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/03/2019). 4. **"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo"** (Súmula 52/STJ).

5. **Recurso não provido.** (RHC 111.090/BA, Quinta turma, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 01/07/2019-grifei.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E LESIVIDADE DE DROGAS. REITERAÇÃO DELITIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, notadamente para a garantia da ordem pública, em razão da quantidade, variedade e lesividade dos entorpecentes apreendidos (85,8 gramas de crack e 1,5 gramas de cocaína), além da apreensão de dinheiro, balança de precisão e 20 munições de calibre .38, considerando, ainda, o envolvimento de um adolescente na prática delituosa, circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese IV - A prisão também se justifica no fato de os pacientes ostentarem registros criminais ou de atos infracionais anteriores, o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Precedentes.

V - É iterativa a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "[...] a existência de inquéritos, ações penais em curso, anotações pela prática de atos infracionais ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar.

Precedentes do STJ." (RHC 106.326/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 24/04/2019) VI - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Habeas corpus não conhecido." (HC 515.026/SC, Quinta turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 01/08/2019-grifei)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE AUTORIA. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS

CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

[...]

5. No presente caso, **a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada por dados de sua vida pregressa, notadamente por responder a outra ação penal. A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública.**

6. Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, embora não possam exasperar a pena-base (Súmula 444/STJ), constituem indicativos de risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

7. Condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. *Precedentes.*

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 394.477/TO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/5/2017, grifei).

Quanto ao pedido de redução da pena com arrimo no §4º do art. 33 da lei 11.343/06, e conseqüentemente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, além da fixação da pena base no mínimo legal, bem como do abrandamento do regime inicial. Ressalta-se que **neste ponto** o presente recurso é insucetível de conhecimento.

Isto porque, como informado pela d. autoridade coatora às fls. 290-291 e confirmado em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de origem, está pendente de julgamento **Recurso de Apelação nº 1500534-52.2019.8.26.0599/SP**, interposta pela defesa na eg. Corte **a quo**, tendo o v. acórdão ora recorrido reservado a análise dessas insurgências quando da

apreciação da apelação, de modo que não é acertado se ter como definitivo o resultado do julgamento proferido nas instâncias ordinárias, tornando qualquer provimento deste Superior Tribunal, em sede mandamental, **inequívoca supressão de instância**.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR CONTRIBUIÇÃO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 12, § 2º, III DA LEI 6.368/76. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM PELA CONDENAÇÃO, TAMBÉM, PELO TIPO DO ART. 14 DA ANTIGA LEI DE TÓXICOS. QUESTÃO PENDENTE DE APRECIÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE ABOLITIO CRIMINIS DO DELITO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O TRÁFICO SUSCITADA POSTERIORMENTE À APRECIÇÃO DO PEDIDO DE LIMINAR. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

[...]

2. Não apreciadas pelo Tribunal de origem as questões referentes à existência de bis in idem pela condenação pelos tipos previstos nos arts. 12, § 2º, III e 14 da Lei 6.368/76 ou a ocorrência de abolitio criminis pela nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), a análise desses temas por esta Corte implicaria indevida supressão de instância, já que incogitadas no TJRJ.

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento do writ.

4. Habeas Corpus não conhecido" (HC 61.431/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 24/9/2007, p. 330).

"HABEAS CORPUS. MATÉRIA AINDA SUJEITA À APRECIÇÃO NA CORTE ESTADUAL. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELO PACIENTE QUE SE ENCONTRAM PENDENTES DE JULGAMENTO.

1. Restando inconclusa a manifestação da Corte a quo sobre a matéria, onde o paciente pretende ver dominante a posição minoritária que lhe foi favorável, implicaria verdadeira supressão de instância a análise do writ nesta Corte Superior (precedentes);

2. *Writ não conhecido*" (HC n. 45.149/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Hélio Quaglia Barbosa**, DJ de 21/11/2005, p. 310).

"HABEAS CORPUS. MATÉRIA DA IMPETRAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO NA CORTE ESTADUAL, EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CONHECIMENTO.

1. *Em se cuidando de habeas corpus que tem por objeto matéria que também se constitui em questão ainda não decidida e proposta, em recurso próprio, perante a Corte Estadual, impõe-se a edição do juízo negativo de admissibilidade, pena de supressão de um dos graus da jurisdição.*

2. *Habeas corpus não conhecido*" (HC 18.507/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJ de 24/6/2002, p. 345).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CAUSA AINDA PENDENTE DE JULGAMENTO (EMBARGOS INFRINGENTES). NÃO CONHECIMENTO.

1 – *Manejados embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, decidira agravo em execução, e ainda pendente de julgamento na Corte de origem aquele recurso, onde se discute tese relativa à progressão de regime nos determinados crimes hediondos, não se conhece de habeas corpus impetrado com idêntica finalidade, sob pena de supressão de instância.*

2 – *Ordem não conhecida*" (HC 16.127/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Fernando Gonçalves**, DJ de 4/6/2001, p. 261).

Por fim, ressalta-se que a presença de circunstâncias pessoais favoráveis não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Ante o exposto, conheço parcialmente do presente recurso e, nessa parte, nego-lhe provimento.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator