

HABEAS CORPUS Nº 529.064 - SP (2019/0251500-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANDREA DE ALMEIDA ROSSLER - SP230585
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HIGOR HENRIQUE PINHEIRO SANTANA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de HIGOR HENRIQUE PINHEIRO SANTANA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2160606-07.2019.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ fls. 24/26).

Irresignada com a fixação do regime inicial fechado, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte local, o qual não foi conhecido (e-STJ fls. 33/37), em acórdão assim ementado:

Habeas corpus Alteração de regime prisional fixado na sentença Matéria afeta ao recurso de apelação Inadequação da via eleita Não conhecimento.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/17), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não sanou o ilegal estabelecimento do regime inicial fechado para o cumprimento da pena aplicada. Aduz que o regime inicial foi fixado em desacordo com o entendimento firmado nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime inicial seja abrandado.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ fls. 100/101, e as informações foram prestadas às e-STJ fls. 106/111 e 114/124.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 126/131, opinou pela denegação da ordem, na forma da ementa seguinte:

*PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS –
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO MAJORADO -
REVISÃO DE DOSIMETRIA – IMPROCEDÊNCIA -
AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA -
LIVRE CONVECIMENTO FUNDAMENTADO DO
JULGADOR - REEXAME DOS FATOS –
CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INOCORRÊNCIA.
PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório. **Decido.**

Verifica-se, de início, que Corte *a quo* não se pronunciou sobre o tema versado no presente *writ*, uma vez que a questão será oportunamente analisada no julgamento de recurso próprio, conforme enfatizado pelo Tribunal local.

Dessa forma, constatada a ausência de exame do mérito pelo Tribunal de origem, não é possível a apreciação da questão suscitada na inicial deste *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido:

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO
EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E
LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO
JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO
SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO
DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO
E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL
REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR.
SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO
DESPROVIDO.*

*I - "A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei
Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como
violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha
convivido com a ofendida, independentemente de coabitação"
(CC n. 100.654/MG, Terceira Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz,*

DJe de 13/5/2009).

II - No que se refere à nulidade da citação, o juízo de origem reconheceu o equívoco em relação à realização da citação por hora certa, anulando o ato e determinando a citação por edital, não se constatando prejuízo para a defesa.

III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende da leitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa.

IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância. Recurso ordinário desprovido (RHC 51303/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 09/12/2014, DJe 18/12/2014).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TÍTULO PRISIONAL AUTÔNOMO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 52/STJ. 4. NULIDADE PROCESSUAL E EXTENSÃO DE BENEFÍCIO. TESES NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a

espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a superveniência de sentença condenatória inaugura nova realidade processual, em que convencido o juiz da materialidade dos fatos e da autoria, havendo, dessa forma, inequivocamente, novos elementos a justificar a custódia cautelar, que não foram objeto de insurgência da presente irresignação, tampouco submetidos ao crivo do Tribunal de origem, impedindo, assim, o exame da questão por esta Corte, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância. Ademais, o art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, determina expressamente que o Juiz sentenciante motive a manutenção ou imposição da prisão preventiva na sentença condenatória.

3. Proferida sentença condenatória fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, nos termos do enunciado n. 52 da Súmula desta Corte.

4. Constatado que os argumentos ventilados na exordial - nulidade processual e extensão de benefício penal - não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, fica esta Corte impedida de examinar a questão, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 288885/MG, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 20/03/2014, DJe 04/04/2014).

No Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE PROCESSUAL. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE EXAME DOS FATOS E PROVAS DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE FORJADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática de Ministra Relatora do Superior Tribunal de Justiça, em que negado seguimento ao recurso especial interposto naquela Corte, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes.

2. *O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, de todo inviável nele reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal.*

3. *Participação ativa do advogado, conforme legalmente determinado, e ausência de prova de prejuízo concreto ao paciente, a afastar a tese de deficiência de defesa técnica ensejadora da pretendida nulidade processual, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.*

4. *Inviável a apreciação por este Supremo Tribunal Federal, em sede de habeas corpus, de matéria não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.*

5. *Habeas corpus extinto sem resolução de mérito* (HC 120655, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/6/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-7-2014 PUBLIC 1º-8-2014).

O tema referente ao regime inicial aplicado será, portanto, objeto de detida análise pela Corte estadual, quando do julgamento da apelação, cujo efeito devolutivo amplo permite a sua apreciação de forma adequada.

Consoante as informações prestadas pela Corte estadual, e em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal estadual, a apelação interposta pela defesa se encontra pendente de julgamento, de modo que o regime de cumprimento de sua pena deverá ser revisto pela via processual adequada, não havendo, portanto, a necessidade de intervenção precoce dessa Corte Superior, na via estreita do remédio heroico.

Ademais, não se vislumbra, por ora, manifesta ilegalidade no regime mais gravoso fixado pela Magistrada, baseado na gravidade concreta da conduta perpetrada e, diante disso, uma vez interposto o recurso de apelação, não se verifica, quanto ao ponto, flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, para que a autoridade indicada como coatora julgue o mérito do remédio constitucional ali impetrado. No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

**AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS.
INDEFERIMENTO LIMINAR. NULIDADE. MATÉRIA NÃO**

ANALISADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO PRÉVIO WRIT. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Em momento algum a matéria articulada no mandamus originário foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que lhe negou seguimento, circunstância que impede a manifestação desta Corte Superior de Justiça, sob pena de operar em indevida supressão de instância.

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA CONCOMITANTE COM A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos e ações cabíveis, como ocorre in casu, já que o agravante interpôs recurso de apelação e, concomitantemente, impetrou prévio writ.

2. Tendo-se em conta que a matéria suscitada no mandamus impetrado na origem será objeto de discussão e análise pela Corte Estadual no julgamento da apelação, dotada de efeito devolutivo amplo, por uma questão de economia e celeridade processuais o caso concreto não comporta a concessão da ordem de ofício para que a autoridade indicada como coatora julgue o mérito do remédio constitucional ali aforado.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no RHC 47.078/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 10/09/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. 1. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. INTERPOSIÇÃO CONCORRENTE DE RECURSO DE APELAÇÃO PELA DEFESA.

MANDAMUS ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIO EXAME DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL A QUO. 2. WRIT IMPETRADO NA ORIGEM CONTRA SENTENÇA CONDENATÓRIA E CONCOMITANTE A RECURSO DE APELAÇÃO. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO

HABEAS CORPUS. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. As questões relativas à dosimetria da reprimenda, ao regime inicial de cumprimento e à possibilidade da substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos não podem ser examinadas neste Tribunal se no de origem os temas não foram apreciados, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição, salvo ilegalidade flagrante ou de decisão teratológica.

2. Esta Colenda Corte de Justiça tem orientação no sentido de que, em hipóteses como a que aqui se discute, é inadequado deduzir habeas corpus "quando da sua impetração, já havia sentença condenatória, submetida ao crivo do Tribunal de origem, por meio de apelação" (HC nº 278.146/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 20.11.13).

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RHC 35.244/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 12/02/2014).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE AGENTE INFILTRADO. DISCUSSÃO ACERCA DA LICITUDE DAS PROVAS. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O recurso de apelação detém efeito devolutivo amplo, cujo âmbito de cognição permite que o tribunal ad quem examine, com profundidade, todo o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal. Assim, em princípio, a apelação é a via processual adequada para a impugnação de sentença condenatória recorrível, pois é esse recurso que devolve ao tribunal o conhecimento amplo de toda a matéria dos autos, permitindo a reapreciação de fatos e de provas.

2. O Tribunal de origem deixou de conhecer do habeas corpus lá impetrado, não só porque o writ era substitutivo de recurso próprio (no caso, de apelação), mas também porque, ao analisar o tema trazido na inicial da impetração, não evidenciou a ocorrência de nenhuma ilegalidade manifesta a ensejar a concessão de habeas corpus, de ofício.

3. Não há, no ato aqui impugnado, teratologia ou error in judicando que justifiquem a concessão, ex officio, da ordem de habeas corpus, sobretudo porque, à primeira vista, a condenação do recorrente pelo crime de associação para o tráfico transnacional de drogas encontra-se alicerçada também em outros elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

4. Ainda que a sentença condenatória, no que se refere ao crime de associação para o tráfico de drogas, esteja apoiada em provas remetidas pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal de Portugal - as quais foram obtidas por intermédio de infiltração de um agente de nacionalidade portuguesa no País (com pseudônimo de Antonio) -, não se pode olvidar que a análise, por este Superior Tribunal, da alegada ilicitude dessas provas relacionadas à medida cautelar de infiltração, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação pela Corte regional, implica, efetivamente, ostensiva supressão de instância.

5. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC 47.188/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO PENDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Pendente o julgamento da apelação, resta inviabilizado o exame do habeas corpus quanto ao ponto devolvido naquele recurso ao Tribunal a quo.

2. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão cautelar, evidenciada na considerável quantidade da substância apreendida [2,520 gramas de crack] e o grau de organização da associação criminosa, não há que se falar em ilegalidade.

3. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegado (HC 209.046/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 04/03/2015).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEVIDA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RESGUARDO A ORDEM PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO

PROVIDO.

1. Os temas referentes às supostas ilegalidades decorrentes da indevida majoração da pena-base, da não aplicação do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal - detração -, da fixação do regime prisional fechado com violação aos enunciados das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e ao verbete sumular n. 269 desta Corte, bem como da utilização das interceptações telefônicas como meio de prova sem que tenha sido encartada aos autos sua degravação integral, não foram apreciados pelo Tribunal a quo, que reputou inadequado o manejo do habeas corpus como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso apelação pendente de julgamento, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não é ilegal a manutenção do encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública.

3. In casu, o recorrente seria renitente na prática delitiva, tendo em vista que enquanto se encontrava preso provisoriamente pelo delito de tráfico de drogas, teria se utilizado do estabelecimento prisional, passando orientações para sua amásia, razão pela qual seria necessária a manutenção de sua prisão preventiva para o resguardo da ordem pública.

4. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido (RHC 46.812/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015).

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço do habeas corpus.**

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator