HABEAS CORPUS Nº 496.207 - MG (2019/0061498-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	PEDRO ANTONIO DE ANDRADE JUNIOR
ADVOGADO	:	PEDRO ANTONIO DE ANDRADE JUNIOR - MG154405
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	WENDEL GUEDES COELHO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WENDEL GUEDES COELHO contra acórdão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0216.18.000009-5/001).

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, e absolvido em primeira instância.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, que recebeu provimento pelo Tribunal *a quo* para condenar o paciente à pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 26/44):

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES - RECURSO MINISTERIAL - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - SÓLIDO CONTEXTO PROBATÓRIO - CONDENAÇÃO LANÇADA - DEPOIMENTOS ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ANIMUS ASSOCIATIVO NÃO DEMONSTRADO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - CORRUPÇÃO DE MENORES - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART.40, VI, DA LEI 11.343/06 - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - VIABILIDADE - PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO STF.*
>
> *I. Os depoimentos dos policiais, não contraditados e em plena consonância com os demais elementos de prova, inclusive com as investigações sobre os réus, tornam certa a existência do tráfico e sua autoria.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B

> *II. O farto conjunto probatório, com especial destaque para os coerentes depoimentos prestados pelos milicianos, aliada às demais provas são elementos de convicção suficientes para a decisão condenatória.*
>
> *III. O delito de associação para o tráfico exige a presença de provas contundentes da existência de animus associativo entre os agentes, de caráter duradouro e estável.*
>
> *IV. Tendo o réu praticado o crime de tráfico de drogas na companhia de um menor de idade, em razão do princípio da especialidade, ao invés da condenação nas iras do art. 244-B, do ECA, deve-se reconhecer a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06. - Em respeito ao princípio da individualização da pena, é cabível a fixação de regime prisional inicial diverso do fechado e a substituição de penas a qualquer infração penal, até mesmo aos crimes hediondos e equiparados, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 33 e 44 do Código Penal. Precedentes do STF.*

No presente *writ* a defesa alega que *a droga apreendida "para fins de tráfico", constando no total, pouco menos de 35g (trinta e cinco gramas), fora encontrada em um lote ao lado da residência, sem que houvesse comprovação que a posse da mesma fosse do paciente e dos demais réus, como ressaltado pelo juízo de primeiro grau em sentença* (e-STJ fl. 4). Destaca a fragilidade das provas. Ressalta as circunstâncias pessoais favoráveis do paciente, inclusive 3 filhos que dele dependeriam economicamente.

Aduz que foi considerado reincidente, mas que não possui condenação transitada em julgado.

Destaca o caráter excepcional da segregação. Defende a suficiência da aplicação de medidas cautelares alternativas.

Requer a manutenção da liberdade do paciente.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 54/59.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 63/64).

Às e-STJ fls. 68/69, a defesa requereu o imediato julgamento

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B

do feito, mencionando a mudança de entendimento jurisprudencial a respeito da prisão antes do trânsito em julgado.

É o relatório. Decido.

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Busca, a defesa, inicialmente, o reconhecimento de que a droga destinava-se ao uso, e não à comercialização, de modo que seria indevida a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Trata-se, em suma, de alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do *habeas corpus* ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FALTA DE PROVAS DA AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A alegada inocência do acusado é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 313.998/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 31/03/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ROUBO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NA ORIGEM. INOCÊNCIA DO PACIENTE. QUESTÃO DE ÍNDOLE FÁTICO-PROBATÓRIA. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Não se conhece, sob pena de supressão de instância, do pleito de trancamento da ação penal, se não foi suscitado e nem

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B

> *decidido na origem.*
>
> ***3. A pretensão de ver reconhecida a inocência do paciente não se coaduna com a via estreita do habeas corpus, pois demanda revolvimento fático-probatório.***
>
> *4. Demonstrada periculosidade concreta nas ações do paciente que foi denunciado por fazer parte de associação criminosa destinada ao cometimento de diversos crimes, dentre eles tráfico de variadas drogas, em expressiva quantidade, está demonstrada a necessidade do encarceramento cautelar, para assegurar a ordem pública, seriamente ameaçada com as suas ações, de clara e concreta nocividade.*
>
> *5. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade da via eleita.*
>
> *6. Writ não conhecido.*
>
> *(HC 278.456/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)*

Por outro lado, afirma o impetrante que o paciente foi indevidamente considerado reincidente pela Corte *a quo*, defendendo que *o mesmo não possui qualquer condenação transitada em julgado* (e-STJ fl. 6). Não é o que se extrai dos autos.

Em consulta à folha de antecedentes criminais (e-STJ fls. 46/48), verifica-se que, entre outros registros, o paciente foi condenado pelo crime de desobediência, com fim da execução, pelo cumprimento da pena privativa, em 24/6/2015 - período inferior, portanto, ao lapso depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Desse modo, não se constata a existência de constrangimento ilegal quanto ao tópico.

Resta, por fim, examinar a referência feita pela defesa na petição avulsa juntada às e-STJ fls. 68/69, relativa à determinação de execução provisória da pena após o encerramento do julgamento perante as instâncias ordinárias contida no acórdão.

Efetivamente, esse era o entendimento do Supremo Tribunal

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B

Federal, adotado a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292:

> *CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado* (HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, DJe 17/5/2016).

Vale lembrar que, para o Relator do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Ministro Teori Zavaski, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerrava a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena.

Porém, o Tribunal Pleno do STF, em 7/11/2019, por maioria, revendo o entendimento proferido na Repercussão Geral no ARE n. 964246, Tema 925 , julgou procedente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, decidindo pela constitucionalidade da regra do art. 283 do Código de Processo Penal que prevê a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início do cumprimento da pena, por estar em consonância com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como se extrai do portal de notícias do STF:

> *[...], por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. Nesta quinta-feira (7), a Corte concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes (Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1);*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B

No referido julgamento, salientou-se que não há vedação da prisão antes do esgotamento dos recursos, mas se estabeleceu a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – *para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal*.

Portanto, prevalece agora o entendimento de que **a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação viola o princípio constitucional da presunção de inocência**, e a prisão, antes do esgotamento dos recursos, somente poderá ser efetivada em caráter cautelar, de forma individualizada, com a demonstração da presença dos requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal.

No caso, o paciente foi absolvido em primeira instância. Ao julgar o recurso de apelação, **em 12/2/2019,** o Tribunal determinou a execução provisória (e-STJ fl. 42):

> *Prevalecendo este voto e esgotadas as vias ordinárias, expeça-se mandado de prisão em desfavor dos apelantes, com prazo de validade de 12 (doze) anos.*

Porém, não havia, à época, constrangimento ilegal na determinação da prisão. Ademais, não há provas nos autos atestando, de plano, a existência de recursos pendentes de julgamento ou que ainda não foi certificado o trânsito em julgado da condenação.

Por último, levando em conta as alegações da inicial e diante da alteração jurisprudencial superveniente, cabe à defesa se dirigir às instâncias ordinárias para que avaliem o pleito à luz da nova diretriz da Suprema Corte acerca do tema.

Desse modo, por todo o exposto e com amparo no art. 34, inciso XX do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **não conheço**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B

do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B16CAA4A-7C1D-4C95-95EB-BC59938F5D3B