



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 562107 - SP (2020/0038329-8)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES**  
**ADVOGADO : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : VICTOR HUGO SHELEGER NAPOLIS FERNANDES (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VICTOR HUGO SHELEGER NAPOLIS FERNANDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2279987-09.2019.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso preventivamente pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Após, sobreveio sentença condenando o paciente como incurso no art. 33 da Lei de Drogas, à pena de 5 anos de reclusão, mais 500 dias multa, no regime inicial fechado, sendo negado o direito de recorrer em liberdade.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem aduzindo ausência de fundamentação idônea para a manutenção do encarceramento cautelar, e pleiteando a redução da pena e modificação do regime prisional. A ordem, contudo, foi denegada, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 24):

*HABEAS CORPUS ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE SOFRE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, POSTO QUE LHE FOI NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, TODAVIA SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO.*

*PLEITO SUPLETIVO PARA QUE SEJA REDUZIDA SUA PENA CORPORAL, E ALTERADO O REGIME PRISIONAL INICIAL ESTABELECIDO, PARA OUTRA MODALIDADE MAIS BRANDA.*

*CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS TERMOS DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06.*

*SUPPLICANTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO, A RECOMENDAR A SUA SEGREGAÇÃO EM FASE RECURSAL INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 324, IV, E 387, § ÚNICO, DO CPP. DECISUM QUE SE MOSTRA DEVIDAMENTE MOTIVADO. CASO EM QUE O WRIT NÃO SE PRESTA PARA ALTERAR DECISÃO QUANTO A MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FIXADO NA R. SENTENÇA.*

*Ordem conhecida apenas em parte e, nessa parte, denegada.*

*Na presente impetração, a defesa insiste que não foram apresentados*

*fundamentos hábeis a justificar a manutenção da constrição preventiva.*

Afirma que a "custódia cautelar foi mantida sem a apresentação de idônea motivação, o que configura violação ao art. 387, §1º, do Código de Processo Penal" (e-STJ fl. 6), ressaltando que a pena base foi fixada no mínimo legal.

Destaca os bons predicados subjetivos do paciente, primário, com bons antecedentes e dedicado ao trabalho lícito.

Sustenta, nesta esteira, que o paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no seu patamar máximo.

Alega, ainda, que não há motivação apta a justificar a aplicação de regime prisional mais gravoso.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, seja concedida a liberdade ao paciente, bem como seja aplicada a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3, e fixado regime prisional mais brando.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 104/107).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 115/118), o Ministério Público Federal manifestou-se pela não concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 141/145).

É o relatório. **Decido.**

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal. Do mesmo modo, o recurso adequado contra acórdão que julga recurso em sentido estrito é o recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

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.

Na hipótese, extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, tendo o Magistrado convertido a custódia em prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, ressaltando-se a gravidade concreta da conduta e o risco de reiteração delitiva, *representada pelas específicas nuances do caso concreto, quais sejam, a diversidade e a relevante quantidade da droga (592,3g de maconha e 20,5g de cocaína) e sua hipotética destinação (ao consumo de terceiros), além de uma balança de precisão e a quantia de R\$ 270,00, possivelmente oriundo do ilícito, que sinalizam inequívoca aptidão da conduta para desestabilizar a ordem social no contexto desta região.* (e-STJ fl. 49).

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

*A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.*

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*Entende-se pela expressão [garantia da ordem pública] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

*[A conveniência da instrução processual] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não*

*somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.*

*Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).*

Embora a nova redação do referido dispositivo legal tenha acrescentado o novo pressuposto – demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado –, apenas explicitou entendimento já adotado pela jurisprudência pátria ao abordar a necessidade de existência de *periculum libertatis*. Portanto, caso a liberdade do acusado não represente perigo à ordem pública, econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não se justifica a prisão. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

*[...] . 7. O requisito do periculum libertatis exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade dos imputados. 8. Para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial constritivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. Precedentes. 9. É imprescindível apontar-se uma conduta dos réus que permita imputar-lhes a responsabilidade pela situação de perigo à genuinidade da prova. [...] (HC n. 137.066/PE, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 13/03/2017).*

*[...]. Prisão preventiva. Decretação por força da mera gravidade da imputação, sem base em elementos fáticos concretos. Inadmissibilidade. Medida que exige, além do alto grau de probabilidade da materialidade e da autoria (fumus commissi delicti), a indicação concreta da situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado (periculum libertatis) e a efetiva demonstração de que essa situação de risco somente poderá ser evitada com a máxima compressão da liberdade do imputado. Necessidade, portanto, de indicação dos pressupostos fáticos que autorizam a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo. [...] (HC n. 122.057/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 10/10/2014).*

*[...] III. Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do periculum libertatis do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória. (RHC n. 79.200/BA, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/06/1999, DJU 13/08/1999). Idêntica é a posição desta Corte:*

*[...]. 4. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. [...] (RHC n. 97.893/RR, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)*

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

2. [...] Como é cediço, a segregação preventiva, como medida cautelar acessória e excepcional, que tem por escopo, precipuamente, a garantia do resultado útil da investigação, do posterior processo-crime, da aplicação da lei penal ou, ainda, da segurança da coletividade, exige a efetiva demonstração do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*, nos termos do art. 312 do CPP. [...] (HC n. 503.046/RN, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Nesse sentido:

[...] III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso 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 [...]. (HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015)

[...] 2. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da providência extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal. [...]. (HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)

Na espécie, como visto, prolatada a sentença nos autos da ação penal originária, que condenou o ora paciente pelo crime de tráfico de drogas à pena de 5 anos de reclusão, foi mantida a prisão preventiva anteriormente decretada, considerando-se que *as condições que ensejaram a segregação cautelar do réu permanecem inalteradas* (e-STJ fl. 98).

Por sua vez, o Tribunal de origem, em sede de *habeas corpus* lá impetrado, denegando a ordem vindicada, considerou que *seria um contrassenso conceder-lhe a benesse, uma vez que se encontra custodiado desde o início por força de prisão preventiva, e inclusive porque, agora, a constrição está embasada em título diverso*. (e-STJ fl. 27).

Assim, à luz dos trechos acima transcritos, é necessário verificar que as decisões precedentes demonstraram a necessidade de manutenção da medida extrema, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, os quais revelaram a gravidade exacerbada da conduta e um efetivo risco de reiteração delitiva, notadamente a apreensão de expressiva quantidade de drogas (592,3g de maconha e 20,5g de cocaína), além de uma balança de precisão, elementos esses que evidenciam a periculosidade social do acusado, apontando para um significativo envolvimento com o crime de tráfico de entorpecentes.

As circunstâncias fáticas do crime, como a grande quantidade apreendida, a variedade, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade do agente e o efetivo risco à ordem pública, caso permaneça em liberdade.

Nessa linha, “Esta Corte Superior possui entendimento de que a quantidade, a variedade ou a natureza da substância entorpecente apreendida podem servir de fundamento para a decretação da prisão preventiva” (HC n. 547.239/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 12/12/2019).

Ademais, convém ponderar que o entendimento abraçado pelas instâncias ordinárias encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tendo o paciente permanecido preso durante todo o andamento da ação penal, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas, que, com a superveniência da condenação, lhe fosse deferida a liberdade.

Ora, “a existência de édito condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, de modo que seria incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade” (RHC n. 105.918/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019).

A posição é consonante, além disso, com o Supremo Tribunal Federal, o qual possui entendimento pacífico de que “permanecendo os fundamentos da prisão cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação” (RHC n. 117.802/DF, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/6/2014, DJe de 1º/7/2014).

Noutro vértice, relembre-se que as condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Nesse contexto, “é firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Agravante, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar.” (AgRg no HC n. 127.486/SP, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 18/05/2015).

Do mesmo modo, segundo este Tribunal, “a presença de condições pessoais favoráveis não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.” (HC n. 472.912/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019).

Por fim, relativamente à alegada necessidade de aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33, bem como de adequação do regime de cumprimento da pena, verifica-se que Corte *a quo* não se pronunciou sobre os temas versados no presente *writ*, uma vez que as questões devem ser analisadas no julgamento de recurso próprio.

Dessa forma, constatada a ausência de exame dos referidos temas no bojo da decisão colegiada impugnada, não é possível a apreciação das questões diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECURSO DE MÃO PRÓPRIA. CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO À PENA DE 13 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. DOSIMETRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Embora o agravo tenha sido interposto em benefício próprio, "o fato de o agravante não possuir capacidade postulatória não impede o conhecimento do recurso. Segundo a jurisprudência contemporânea da Corte, não é necessário se exigir daquele que impetra a ordem de habeas corpus habilitação legal ou representação para dele recorrer (HC nº 102.836-Agr/PE, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/2/12)" (HC 141316 Agr, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, DJe-104, divulgado em 18/5/2017, publicado em 19/5/2017).*

*2. Hipótese na qual o paciente/impetrante foi condenado à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, pelo delito de roubo circunstanciado.*

*Buscando a reforma da condenação e o deferimento do direito de recorrer em liberdade, impetrou habeas corpus nesta Corte. Ocorre que, em relação ao pleito de revisão da dosimetria, a Defensoria Pública, instada a se manifestar de modo a garantir a ampla defesa, relatou que "foi apresentada apelação pelo paciente que ainda se encontra em andamento no E. TJ/SP (...) Assim, é*

*de ser aguardado o julgamento da referida apelação para que, se necessário, após, seja firmada a competência desse C. STJ para análise de eventual constrangimento ilegal". Ademais, o habeas corpus impetrado na origem que buscava o deferimento do direito de recorrer em liberdade foi denegado liminarmente, em decisão monocrática do relator.*

*3. Não tendo as matérias alegadas sido objeto de exame por parte do órgão colegiado da Corte a quo, não podem ser apreciadas diretamente por este Tribunal, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância.*

*4. Agravo desprovido.*

*(AgRg no HC 487.596/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019)*

**PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA E NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. EXCESSO DE PRAZO PARA JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.**

*1. A lei processual não estabelece um prazo para o julgamento do recurso de apelação criminal, que deve ser analisado à luz do princípio da razoabilidade, a fim de se verificar a ocorrência ou não de constrangimento ilegal. Sabe-se que eventual atraso no andamento do feito, por si só, não caracteriza excesso de prazo.*

*2. No caso, os autos foram distribuídos em 30/7/2018, de modo que, desta data até o atual estágio do processo, não há falar em desídia por parte do Poder Judiciário ou em demora injustificada no andamento do feito, estando os autos na ordem de antiguidade na distribuição.*

*3. A alegada inidoneidade da negativa do direito de recorrer em liberdade não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.*

*4. Em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado. Na espécie, o processo não foi instruído com a sentença condenatória, peça processual imprescindível para exame da aventada ilegalidade da prisão preventiva.*

*5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, com recomendação.*

*(HC 521.587/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 20/08/2019)*

Dessa forma, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

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

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca

Relator