



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.007 - SP (2016/0266839-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : LUIZ DO CARMO FERRARI (PRESO)
ADVOGADO : MARCIO ROBERTO FERRARI - SP301697
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO CAUTELAR. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Os temas referentes à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
2. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade. Na hipótese, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida, haja vista que a custódia cautelar foi decretada para o resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta da conduta perpetrada pelo recorrente, caracterizada pela expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida em seu poder - 423,72 g de maconha.
3. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.007 - SP (2016/0266839-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : LUIZ DO CARMO FERRARI (PRESO)
ADVOGADO : MARCIO ROBERTO FERRARI - SP301697
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por LUIZ DO CARMO FERRARI contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem pleiteada no HC n.º 2117664-62.2016.8.26.0000.

Extrai-se do autos que o recorrente foi condenado às penas de 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 520 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 180 do Código Penal (duas vezes), c/c o art. 69, também do Código Penal. Eis o teor do *decisum* no que interessa:

Passo à dosimetria das penas.

Na primeira fase, atendendo aos critérios do art. 59 do Código Penal, quanto aos crimes de receptação, por não vislumbrar circunstâncias que justifiquem uma reprimenda maior, fixo cada pena no piso, em 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no mínimo a unidade. No tocante ao narcotráfico, também fixo a pena-base no mínimo, em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no mínimo a unidade. A quantidade da droga apreendida será considerada na terceira fase.

Na segunda fase não há agravante ou atenuante para ser considerada, permanecendo as penas acima lançadas.

Na terceira fase, para o crime de receptação, não há causas de aumento, nem de diminuição, tornando definitiva. Agora, considerando-se que foram duas as receptações praticadas, com base no artigo 71, *caput*, do Código Penal, aplico apenas uma dessas penas privativas de liberdade, aumentando-a, porém, de 1/6 (dois delitos), resultando em 1 ano e 2 meses de reclusão.

A pena pecuniária, nos termos do artigo 72 do Código Penal, é de 10 dias-multa para cada delito, que totalizadas resultam em 20 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao narcotráfico, na terceira fase, embora o acusado seja primário e de bons antecedentes, considero a quantidade do entorpecente apreendida para deixar de aplicar o disposto no §4º do art.33 da Lei nº 11.343/06. Considero também que o legislador, ao editar a nova lei de drogas, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, representado por aquele que não faz do tráfico seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual. Em outras palavras, para a situação do mercador novato, aquele de pequena expressão, conhecido como "traficante de primeira viagem", como se pode classificar aquele que possui "estoque" diminuto para negociar durante curto período e, em regra, suprir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o próprio vício. Portanto, para esse tipo de traficante é que a lei previu a benesse como forma de abrandar seu maior rigor punitivo.

A doutrina e a jurisprudência apontam situações caracterizadoras de atividades criminosas, tais como o fato de o agente estar respondendo a outros processos criminais, encontrar-se na posse de armas e apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas, balanças de precisão ou ainda quantidade e variedade de drogas apreendidas.

Logo, no caso em tela, inviável a aplicação do redutor, pois o acusado foi surpreendido com grande quantidade de droga, bem como está sendo condenado pelo crime de receptação e foram encontrados em sua residência vários cheques e cartões bancários, sem prova da origem lícita, o que impede a afirmação que não se dedica às atividades criminosas.

Em caso análogo desta Vara, ficou assentando pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

(...)

Tratando-se de crime equiparado a hediondo, o regime inicial para o cumprimento da pena de prisão é o fechado, por expressão da lei (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990). Apesar da declaração de inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" constante do §4º do art. 33, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito", constante do art. 44, da Lei 11.343/2006 (STF, HC 97.256/RS), o caso dos autos não permite a substituição da pena de prisão por penas alternativas, pois, ausente está o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal, que estabelece pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, além de ausentes os requisitos subjetivos.

Descabida também a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quanto ao crime com pena inferior a quatro anos, nos termos do art. 69, §1º, do Código Penal.

O réu está preso. Nego o direito ao recurso em liberdade. Os crimes que cometeu e as penas a que está submetido, nesta sentença, são suficientes para retratar sua periculosidade se solto, de modo que a prisão se sustenta na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Ademais, como permaneceu preso durante a tramitação do processo, seria um contrassenso que, sem o primeiro título de condenação, a sentença, houvesse motivo para manutenção do cárcere e, depois, com a definição da culpa (ou pelo menos a primeira definição rumo à culpa), tivesse o direito de deixar a prisão.

Assim, já se decidiu: (...)

O presente caso não comporta aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, pois com a prisão provisória ainda não alcançou o tempo que lhe permitiria a progressão de regime.

Ante ao exposto e considerando o mais que dos autos consta. JULGO PROCEDENTE o pedido, o que faço para condenar o réu LUIZ DO CARMO FERRARI como incurso nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e artigo 180, caput, do Código Penal (duas vezes), combinados com o artigo 69, também do Código Penal, às penas de 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 520 dias-multa, no mínimo a unidade. Cada dia-multa deverá ser calculado sobre um trigésimo do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato e devidamente corrigida, nos termos do art. 49, do Código Penal. Como anteriormente exposto, negado o direito de apelar em liberdade, recomende-se o réu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão em que se encontra.

Condeno-o ainda no pagamento das custas, no valor de 100 UFESPs, salvo se beneficiário da justiça gratuita, cuja cobrança obedecerá ao disposto no art. 12 da Lei 1.060/50 (fls. 419/432).

Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem pleiteada, em acórdão assim fundamentado:

Pretende aguardar em liberdade pelo processamento do recurso, novamente sem razão.

Com efeito, pela tipificação concreta do delito, revela-se devidamente justificável a negativa do benefício aludido, sendo certo que a fundamentação (como se verá em item adiante) pode ser sucinta e simples, bastando que a r. sentença indique os elementos dos autos, em que se apoiou para negar o apelo em liberdade ao increpado.

Não é evidente nenhuma ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada.

(...)

Reitero que, cf. nos foi dado concluir do teor da impetração, o paciente esteve preso o tempo inteiro, desde a flagrância, não tendo o MM Juiz entendido fosse hipótese de alterar o statu quo ante em razão da interpretação dada ao contexto probatório.

Ora, inexistente "lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (...).

(...)

Deveras, o fato de o paciente ter permanecido preso cautelarmente durante toda a instrução processual, a esta altura pelo menos, não se mostraria razoável a concessão de liberdade provisória.

Com fundamento no art. 663 do Cód. de Processo Penal julgo liminarmente a presente impetração e o faço para atender o reclamo constitucional de celeridade na prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII).

Aqui não cabe exame do fato. Acolher qualquer tese defensiva sustentada em sede de habeas corpus demandaria minucioso exame do conjunto fático e probatório, o qual há de ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução processual contraditória. Portanto, tem-se que o habeas corpus não é a via adequada para se pleitear seja abalado o comando prisional a pretexto da menor (?) gravidade do estupefaciente tido como apreendido (argumento defensivo inserido na impetração), eis que, para o exame desta alegação, seria necessária aprofundada e acurada análise acerca da minudência em si.

Lembramos de antemão que os critérios propostos na presente impetração não são absolutos nem no Col. Pretório Excelso, servindo de exemplo pronunciamento do Min. Luiz Fux, em 23.6.2015, no julgamento do RHC 121.075/AL: "(...) há hipóteses excepcionais, nas quais a violência e gravidade dos crimes imputados aos réus geram tamanho clamor popular, que a manutenção dos condenados em liberdade põe em risco a ordem pública e recomendam a prisão, nos termos do artigo 312 do CPP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente de primariedade ou bons antecedentes dos condenados (...)".

Invocado o paradigma, cf. destacado desde a distribuição, nos é imperioso pregar que, a despeito dos argumentos expendidos na impetração, as circunstâncias de fato e de direito, até aqui evidenciadas com base empírica idônea, (...) não autorizam a concessão da ordem, pois não se vislumbram o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* ensejadores da medida.

O juízo cognitivo desta fase possui âmbito restrito, razão pela qual a concessão da ordem deve motivar-se na flagrante ilegalidade do ato ou no abuso de poder da Autoridade, justificando, assim, a suspensão imediata de seus efeitos. E não se verificam, no caso em análise, os requisitos necessários, devendo-se manter a custódia cautelar até o julgamento do apelo.

A prisão preventiva é um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante um inquérito policial ou já na ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. O artigo 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

Sobre o assunto, sempre adequado recordar, que a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade, sem que no caso concreto esse axioma seja lido extremadamente, de sorte a concitar para a impunidade ou deixando vítimas e sociedade à disposição dos infratores.

Não se olvide também existirem julgados no sentido de que "o exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele." (...).

Feitas estas observações é de se levar em conta que o édito em questão nem exige fundamentação exaustiva, suficiente a presença de indicadores concretos baseados na real necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal (STJ, HC 289.618/PA, rei. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 10.8.2015), lição que cabe nos presentes autos. Com efeito, discorrendo sobre a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, que "constitui uma conquista da nossa civilidade jurídica", explica Paolo Tonini, professor de Florianópolis, como deve ser entendida a exigência da motivação: "Isso não significa que o juiz deve argumentar sobre todo e qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário que o juiz exponha a motivação de tudo que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão" ("La prova penale", tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, 1ª ed., RT, 2002, pág. 104).

Repito, não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifesta, e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandescentes evidências, em acordo com lição de Basileu Garcia (...).

Daí porque imprescindível a verificação concreta, em cada caso, da necessidade da adoção dessa medida extraordinária, o que, respeitosamente, parece ter ficado evidente, até porque o delito em tela exige rigor, a parte não trouxe provas de arbitrariedade, como anotado de início nem era caso de conhecimento.

Antevê-se provada a materialidade e nos é dado igualmente presumir suficientes indícios de envolvimento do paciente, tanto que editada em fins de abril último sentença condenatória, elementos que dão ensejo ao que a doutrina designa de *fumus commissi delicti*.

Evidente se está garantindo a aplicação da lei penal.

Isso quer dizer que nem de longe a d. Autoridade Judiciária se verificou ausência de fundamentação (*ônus probandi* do impetrante).

A proteção da ordem pública não é requisito em aberto, pois quem se supostamente se daria - insisto, ao menos em tese - o direito de realizar o comércio de estupefacientes, não tem o direito de expor toda a coletividade ao perigo até o trânsito em julgado. Ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social e havendo risco de que o paciente irá continuar no mesmo caminho ou impedir o império da lei de execuções penais, deve ser imediatamente recolhido sob a guarda do Estado.

Nem se olvide que as penas previstas em tese são de elevado teor e não é preciso muito conhecimento da realidade forense para saber que alguém, nestas condições, não haverá de esperar pela presença da Polícia na porta de sua casa para entregar-se pacificamente.

As medidas cautelares, nestes termos, são evidentemente insuficientes como alternativas à prisão preventiva, pois o Estado-administração não tem demonstrado existirem programas de fiscalização que sirvam como nova possibilidade de controle eficaz de quem se acha sob persecução penal.

Aqui não se há falar em Estado policaresco, revanchismo, vingança etc. O que há é controle constitucional e legal sobre o exercício abusivo da cidadania.

(...)

Revelou-se, então, na presente hipótese, legítima a prisão cautelar ora combatida pelo writ, porque a decisão que a decretou encontra suporte idôneo em elementos tirados dos autos, caso contrário não haveria condenação e o impetraria correria em juntar peças, tudo a demonstrar que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal.

(...)

Em suma, insatisfeitas as condições para liberdade provisória, temos como inexistente constrangimento ilegal.

Ante o exposto e o mais que foi tratado nestes autos, ao menos para esta fase, DENEGO a ordem, com a RECOMENDAÇÃO de se garantir, na origem, a prerrogativa do paciente (art. 7º, V da Lei 8.906/94) (fls. 43/53).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados:

Julgado habeas corpus e denegada ordem, conheci a impetração, pese ausentes peças que o acompanhassem, atravessou petição o impetrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para alegar cerceamento de defesa e nulidade do aresto.

Afirmação de erro do cartório, rejeitada por certidão da secretaria, que nega a instrução do writ com peças.

Questão prejudicada, pois este relator, por interpretação extensiva, pese não instruído o habeas corpus, entendendo a pretensão do impetrante a rechaçou.

Advogado preventivamente preso e já condenado em 1º grau que, a pretexto da leitura do art. 7º, V do EOAB, reclama aguardar em casa pela instrução do recurso. Impossibilidade. Questão remetida para adequação, pelo MM Juiz na origem, da situação prisional à colocação do paciente em cela de estado maior ou situação anômala, esclarecida por precedentes do R. Superior Tribunal de Justiça.

Petição processada por rodem deste relator como embargos declaratórios, rejeitados. Inexistência de obscuridade, lacuna ou erro (fl. 478).

Nesta via, aduz o recorrente, em síntese, que não lhe foi concedido o direito de apelar em liberdade, não obstante seja primário e não ostente qualquer anotação em sua folha de antecedentes (fl. 451).

Sustenta, ainda, que o acórdão do Tribunal de origem, ao negar a ordem no prévio *mandamus*, limitou-se *"única e exclusivamente em dizer que assegurar a custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa ou as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal, ou seja, o que justifique a continuidade de sua segregação"* (fls. 456/457).

Defende, também, que não estão presentes os *"requisitos de cautelaridade processual ou mesmo da ordem pública, que permitam a aplicação da prisão preventiva no caso em análise"*, devendo a prisão cautelar *"ser devidamente fundamentada com base em dados concretos"* (fl. 459).

Insurge-se, ademais, contra a fixação do regime inicial fechado, ao argumento que a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 autoriza a fixação de regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva, com a expedição do alvará de soltura.

A liminar foi indeferida às fls. 503/506.

Foram prestadas informações às fls. 513/555 e 556/582.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Adonis Callou de Araújo Sá, pelo parcial conhecimento e desprovimento do recurso ordinário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.007 - SP (2016/0266839-4) EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO CAUTELAR. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Os temas referentes à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade. Na hipótese, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida, haja vista que a custódia cautelar foi decretada para o resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta da conduta perpetrada pelo recorrente, caracterizada pela expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida em seu poder - 423,72 g de maconha.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Inicialmente, verifica-se que os temas referentes à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse diapasão:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. PRÉVIO WRIT NÃO CONHECIDO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERPOSIÇÃO CONCOMITANTE DO RECURSO DE APELAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A questão ventilada na presente impetração, a saber, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não foi apreciada pelo Tribunal a quo, que reputou inadequado o manejo do habeas corpus como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso próprio, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Irrepreensível a decisão que não conheceu do prévio writ, haja vista a interposição concomitante do recurso de apelação, ainda pendente de julgamento.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 280.929/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 18/02/2014)

No mais, a questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do ora recorrente.

Pois bem. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (NR)

Eis o que constou da sentença acerca do direito de recorrer em liberdade:

O réu está preso. Nego o direito ao recurso em liberdade. Os crimes que cometeu e as penas a que está submetido, nesta sentença, são suficientes para retratar sua periculosidade se solto, de modo que a prisão se sustenta na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Ademais, como permaneceu preso durante a tramitação do processo, seria um contrassenso que, sem o primeiro título de condenação, a sentença, houvesse motivo para manutenção do cárcere e, depois, com a definição da culpa (ou pelo menos a primeira definição rumo à culpa), tivesse o direito de deixar a prisão (fl. 431).

A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva fora assim fundamentada, no que interessa:

(...)

E, a espécie, trata-se de crimes de receptação (elo final de crimes mais graves) e de tráfico ilícito de entorpecentes, equiparado a hediondo, cuja materialidade delitiva está consubstanciada provisoriamente pelo laudo de constatação prévia de entorpecentes (fls. 9/10), **por sinal expressiva quantidade dotada de alta capacidade de disseminação e alcançar inúmeros usuários desafortunados** e há indícios suficientes de autoria, mormente pelos depoimentos de fls. 4 e seguintes, enquanto que o autuado admite que estava na posse de veículos de seus clientes e documentações, e ficou surpreso quando foi encontrada a substância entorpecente no veículo Saveiro e que nada sabia quanto aos ilícitos dos referidos veículos - fls. 7/8, e, mesmo com a Constituição Federal de 1988, tal estágio de restrição à liberdade processual continua em plena vigência, não obstante o princípio da presunção de inocência consagrado em seu art. 5º, inciso LVII. Ou seja, embora o acusado não pode ser considerado definitivamente culpado, e à evidência que tal situação não exclui os casos de prisão preventiva admitidos expressamente pela Constituição, e entre elas a prisão em flagrante delito e a preventiva (consoante art. 5º, LXI) - (Súmula 9, STJ).

(...) (fls. 221/222) (grifou-se).

Verifica-se, pois, que a custódia cautelar foi decretada, e posteriormente mantida pelo juízo sentenciante para o resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta da conduta perpetrada pelo recorrente, caracterizada pela expressiva quantidade da substância entorpecente encontrada em seu poder - 423,72 g de maconha (fl. 419).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao que se me afigura, portanto, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão preventiva se sustenta, porque nitidamente vinculada a elementos de cautelaridade.

Dessarte, estando o decreto prisional lastreado em dados concretos colhidos dos próprios autos, não há imputar qualquer ilegalidade à custódia. Confira-se, a propósito:

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)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRANDE QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. A segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, e o decreto de prisão processual exige a especificação da existência de pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Havendo elementos hábeis a justificar a custódia da paciente, não há falar em ilegalidade na decretação de sua prisão preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada na garantia da ordem pública encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

4. Hipótese em que se mostra devidamente fundamentada a imposição da custódia cautelar, em virtude do modus operandi da prática dos delitos, bem como da quantidade e natureza das drogas apreendidas (48,08g de cocaína e 10.985g de maconha).

5. Condições pessoais favoráveis não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como na hipótese dos autos.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 298.007/AM, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 17/03/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, dadas as particularidades acima citadas, indicativas da necessidade do encarceramento, penso ser inviável a liberação do recorrente, visto que existente fundamentação idônea para a custódia preventiva.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do presente recurso ordinário em *habeas corpus* e, nesta extensão, **nego-lhe provimento**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0266839-4

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 77.007 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00309603520158260576 00330000 21176646220168260000 22480363620158260000
309603520158260576 3252/2015 32522015 330000 RI003ED3O0000

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ DO CARMO FERRARI (PRESO)
ADVOGADO : MARCIO ROBERTO FERRARI - SP301697
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.