



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000342847

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2064117-92.2025.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é paciente KAUÃ FERNANDO DOURADO DIAS, Interessados ALAN HENRIQUE PAULINO, RICHARD JUNIOR ALVES DE SOUZA e ALEX IVAN SOARES JUNIOR, Impetrantes GABRIELA PERES MARTINS e ADRIANA VALIM NORA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: CONHEERAM EM PARTE da presente impetração e, na parte conhecida, DENEGARAM A ORDEM, com observação de que o paciente deve ser colocado em estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto que lhe foi imposto na sentença, se já não estiver. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E FÁTIMA GOMES.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

MARCO DE LORENZI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto: 47945
Habeas Corpus: 2064117-92.2025.8.26.0000
Comarca: São João da Boa Vista
Vara: Vara Criminal
Autos: 1500519-06.2024.8.26.0568
Paciente: Kauã Fernando Dourado Dias
Impetrante: Adriana Valim Nora

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO EM LIBERDADE. APLICAÇÃO DO § 4º, ARTIGO 33 DA Lei 11.343/06. Não conhecimento quanto à aplicação do redutor previsto na Lei Antidrogas. Desvirtuamento da finalidade do habeas corpus no processo penal brasileiro. Legalidade da prisão preventiva não havendo afronta ao artigo 312 do Código de Processo Penal. Paciente que permaneceu preso provisoriamente durante todo o processo, cujos motivos da custódia cautelar não desapareceram e, agora, somam-se à necessidade de garantia da aplicação da lei penal. Compatibilidade entre o estabelecimento do regime semiaberto e a manutenção da prisão cautelar. Ordem conhecida em parte e, na parte conhecida, denegada.

Vistos.

A Advogada Adriana Valim Nora impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Kauã Fernando Dourado Dias, alegando constrangimento ilegal sofrido pelo paciente no processo nº 1500519-06.2024.8.26.0568, ao qual respondeu como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com trâmite perante o r. Juízo de Direito da Comarca de São João da Boa Vista.

Pleiteia a concessão da ordem para

que o paciente possa apelar em liberdade da sentença que o condenou ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº11.343/06. Alega que a sentença penal condenatória fundamentou a não aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 no fato do paciente estar respondendo a outra ação penal pelo mesmo delito, em feito ainda pendente de julgamento, o que não seria suficiente para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Aduz que o paciente preenche os requisitos legais para a concessão da benesse legal. Sustenta que a prisão preventiva não se coaduna com o regime prisional semiaberto fixado na sentença penal condenatória, devendo ser concedido o direito ao paciente de recorrer da sentença em liberdade (fls. 1/9).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 242/250).

A digna autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 257/259).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 329/333).

É o relatório.

Os documentos juntados aos autos

dão conta de que o paciente foi preso em flagrante delito e foi processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, em 24 de julho de 2023, trazia consigo, para fins de tráfico, 11 (onze) porções de “crack” com peso líquido de 2,94 gramas e 03 (três) porções – um invólucro e dois cigarros – de “maconha” com peso líquido de 2,32 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 19/21).

Por sentença datada de 11 de fevereiro de 2025, foi condenado, nos termos da denúncia, ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 193/198).

Pois bem.

Inicialmente, observo ser **incognoscível** a ordem quanto aos pleitos relativos à reforma da sentença com o reconhecimento de tráfico privilegiado, fixação de regime prisional mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Esta Relatoria vem acompanhando o entendimento dos Tribunais Superiores acerca do desvirtuamento da finalidade do *habeas corpus* no processo penal brasileiro, que

acabou por se transformar em substituto de recursos legalmente previstos para impugnar determinadas decisões, mitigando, assim, sua importância como garantia fundamental prevista na Constituição Federal para tutela da liberdade de locomoção — ir, vir e permanecer —, contra prisão ou ameaça de prisão ilegal ou abusiva (art. 5º, inciso LXVIII), e atravancando a máquina judiciária.

Destacam-se, pois, trechos do voto da Eminente Ministra Relatora Rosa Weber, no julgamento do HC nº 104.045/RJ pelo E. Supremo Tribunal Federal, que foi unanimemente julgado extinto por inadequação da via processual: ***“Assim, é o habeas corpus uma garantia da liberdade de locomoção — ir, vir e permanecer —, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física (...) Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ('Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros') revela atingida naquela data a marca de duzentos mil habeas corpus impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 habeas corpus, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (de 38.109) (...) Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do habeas corpus (...) Embora restrito seu cabimento,***

segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão (...) O desvirtuamento do habeas corpus também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo penal. De nada adianta a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o habeas corpus (...) A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal (...) Admitir o habeas corpus como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes” (STF – HC nº 104.045/RJ – Min. Rel. Rosa Weber – Dje 06/09/2012 – sem destaques no original).

Nesse sentido, também se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO

CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PROGRESSÃO DO PACIENTE AO REGIME SEMIABERTO. NÃO OCORRÊNCIA. EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES DO STJ. REVISÃO DO JULGAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, QUANTO AO REQUISITO SUBJETIVO, PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. VIA IMPRÓPRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus 'sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder', não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado

de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c e II, a, da Carta Magna. IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica (...) VIII. Ademais, não se presta a estreita via do habeas corpus a infirmar o entendimento adotado, pelas instâncias ordinárias, sobre o assunto, dada a necessidade de incursão na seara fático-probatória, indispensável à verificação do cumprimento do requisito subjetivo para a progressão de regime prisional. Precedentes. IX. Habeas corpus não conhecido” (HC 274.239/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 13/12/2013).

De outra parte, como mencionado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus*, via restrita de cognição sumária, não se presta à análise de questões meritórias, como a aqui ventilada, constituindo-se meio inadequado para o exame de elementos probatórios e subjetivos.

A esse respeito, é a jurisprudência desta Egrégia Corte:

“O habeas corpus não é o instrumento adequado para amparar a pretensão do paciente, qual seja, a mudança do regime de cumprimento de pena, fixado em sentença, do inicial fechado para o semi-aberto, não sendo, tampouco, remédio para todos

os males, não podendo, assim, fazer as vezes de recurso específico (apelação)” (TJSP, 14ª Câmara Criminal, HC nº 990.08.005966-1, Rel. Des. Sérgio Ribas, j. 04.09.08).

Destarte, o exame dos elementos objetivos e subjetivos necessários à obtenção do pleito *sub judice* dependem de profunda incursão na prova, condizente com o julgamento de recurso de apelação, abrindo-se, assim, caminho e lugar apropriados para toda a discussão aqui inadequadamente lançada.

No que concerne ao pedido de apelo em liberdade, preso em flagrante delito, o paciente permaneceu encarcerado durante todo o processo e, ao final, condenado, foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Nesse contexto, o deferimento do pedido de apelo em liberdade constituiria um contrassenso, pois, tendo respondido ao processo preso quando existiam somente indícios de autoria, não pode agora, condenado em juízo de cognição, ter permissão para recorrer livre.

Significa dizer que não tem direito de apelar em liberdade em face de sentença penal condenatória o réu que, preso provisoriamente, assim permaneceu durante o curso do processo, vez que não desapareceram os motivos da custódia cautelar, como justificado pela douta Magistrada *a quo* em sua

decisão.

Em se tratando de crime grave (embora praticado sem violência ou grave ameaça), nem mesmo eventual primariedade e alegação de possuir residência fixa e ocupação lícita têm o condão, por si sós, de proscrever a necessidade da medida extrema, pois, como analisado, presentes estão os requisitos legais para sua manutenção.

Por outro lado, quanto à possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere, estas se mostram insuficientes e inadequadas, já que incompatíveis com a hediondez do crime de tráfico de drogas.

Aliás, quisesse o legislador possibilitar a aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere ao agente desse delito, não o teria considerado como insuscetível de concessão de fiança, conforme dispõe o inciso II do artigo 323 do Código de Processo Penal.

Isso porque caracterizaria verdadeiro contrassenso permitir a aplicação ao crime de tráfico de entorpecentes de medidas cautelares alternativas — como, por exemplo, comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução etc. —

enquanto a menos severa delas, o arbitramento de fiança, por sua relatividade intrínseca, é expressamente vedada, tanto pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII), quanto pelo próprio Código de Processo Penal (artigo 323, inciso II), ao delito em questão.

Por fim, tem-se entendido inexistir incompatibilidade, do ponto de vista jurídico processual, entre o estabelecimento do regime semiaberto e a manutenção da prisão cautelar.

Nesse sentido, manifestou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. REGIME SEMIABERTO. VIABILIDADE DA VEDAÇÃO IMPOSTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. (...) 2. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de apelar em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a preservação do

paciente na prisão. 3. Verificada a necessidade da custódia antecipada para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado, bem demonstrada pelo modus operandi empregado. 4. Não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Ordem denegada” (HC nº 222.868/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.04.2012, DJe 08.05.2012).

“RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. VEDAÇÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RÉU QUE OSTENTA OUTRAS CONDENAÇÕES POR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FUNDAMENTO IDÔNEO. ADAPTAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR AO REGIME MENOS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não há incompatibilidade entre o regime fixado e a prisão cautelar, visto que, a par das diferenças de fundamento de uma e outra prisão, o regime semiaberto inicia-se com o recolhimento do condenado a um estabelecimento prisional, que somente passa a gozar de benefícios extra-muros (saídas temporárias, trabalho externo, etc), com a análise objetiva e subjetiva dos requisitos previstos na LEP, em decisão do Juízo da Execução Penal. Precedentes do STJ. 2. Insta

ressaltar apenas que a observância às regras do regime menos gravoso somente passará a vigorar após deferido o pedido de início da execução provisória da reprimenda pelo MM. Juiz da Execução Penal, iniciativa que caberá a defesa realizar, com o fim de obter os benefícios inerentes ao sistema progressivo da pena. 3. Assim, mantida a prisão preventiva do sentenciado, para vedar o recurso em liberdade, não há que se falar em adaptação da cautelaridade da custódia ao regime semiaberto e tampouco aos benefícios a ele inerentes, pois instrumentos que visam tutelar bens jurídicos totalmente distintos. 3. Na espécie, na folha de antecedentes do recorrente constam três condenações não definitivas por outros crimes contra o patrimônio, além de outras duas ações penais em andamento por delitos da mesma natureza, circunstância suficiente para vedar o direito de o réu recorrer em liberdade, consoante os termos da sentença condenatória. 4. Recurso não provido” (RHC nº 46604/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05.06.2014. DJe 09.09.2014).

Ademais, iniciada a execução provisória da pena, o paciente poderá ser removido a estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto e usufruir dos benefícios próprios dessa modalidade de regime, se preenchidos os requisitos necessários.

A respeito:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. (ART. 155, § 4º, I, II

E IV, DO CÓDIGO PENAL). FURTO QUALIFICADO. RECORRENTE PRESO PREVENTIVAMENTE. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONDENÇÃO EM REGIME SEMIABERTO. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM CUSTÓDIA CAUTELAR. RECURSO DESPROVIDO. (...) Verificada a expedição de guia de recolhimento provisória da pena em regime semiaberto, não há falar em incompatibilidade entre esse regime e a negativa do direito de recorrer em liberdade. Ressalvado o entendimento pessoal do relator quanto à questão. Precedentes. Recurso desprovido" (STJ – RHC nº 53934/MG, Sexta Turma. Rel. Min. Ericson Maranhão (Des. convocado do TJ/SP), j. 12.02.2015, DJe 26.02.2015).

Ante o exposto, **CONHEÇO EM PARTE** da presente impetração e, na parte conhecida, **DENEGO A ORDEM**, com observação de que o paciente deve ser colocado em estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto que lhe foi imposto na sentença, se já não estiver.

MARCO DE LORENZI
DESEMBARGADOR