

**HABEAS CORPUS Nº 493.949 - SP (2019/0046205-2)**

**RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE : MAURO ATUI NETO**  
**ADVOGADO : MAURO ATUI NETO - SP0266971**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : HENDRIX NEVES GARCIA**  
**PACIENTE : LEODINO PEREIRA DA SILVA**

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus**, PREVENTIVO e com pedido liminar, impetrado em benefício de **HENDRIX NEVES GARCIA** e de **LEODINO PEREIRA DA SILVA**, no qual apontam como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o **paciente HENDRIX**, incurso no art. 35, **caput**, c/c art. 40, VI, e art. 33, **caput**, c/c art. 40, VI, todos da Lei n. 11.343/06, foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.632 (mil seiscentos e trinta e dois) dias-multa; já o **paciente LEODINO**, incurso no art. 35, **caput**, c/c art. 40, VI, e no art. 33, § 1º, III, c/c art. 40, VI, todos da Lei n. 11.343/06, foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa.

Interpostos recursos de apelação e de embargos de declaração, o eg. Tribunal de origem manteve as condenações, em v. acórdãos assim ementados (fls. 18-33 e 75-78):

*"Apelação da Defesa Tráfico de Drogas e associação para o tráfico Provas suficientes à condenação Materialidade e autoria comprovadas Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes Apreensão de diversas porções de cocaína e de crack Fatores que, associados à prova produzida levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros Dosimetria Acusado Leodino: Pena-base fixada no mínimo legal quanto a ambos os delitos Penas elevadas em decorrência da causa de aumento*

*prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei Antidrogas Acusado Hendrix: Pena-base fixada no mínimo legal quanto a ambos os delitos Penas elevadas em decorrência da reincidência deste acusado, bem como em razão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei Antidrogas Impossibilidade da fixação de regime diverso do fechado e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade Necessidade de maior repressão ao tráfico d e entorpecentes Recursos de apelação desprovidos, com determinação."*

*"Embargos de Declaração Obscuridade, Omissão e Contradição Inocorrência Ausência absoluta de obscuridade, omissão e contradição no v. Acórdão Prequestionamento Inadmissibilidade Embargos de Declaração Rejeitados."*

Na inicial do presente **writ**, os impetrantes alegam que a execução provisória da pena configura constrangimento ilegal.

Sustentam que antecipar a execução da pena consistiria em nada menos do que adiantar a culpa e violar, diametralmente, a garantia constitucional da presunção de inocência e da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

Requerem, inclusive **LIMINARMENTE**, "*a concessão da medida liminar para SUSPENDER A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS até o trânsito em julgado ou, até a análise do Recurso Especial interposto, DEFERINDO, portanto, aos pacientes HENDRIX NEVES GARCIA e LEODINO PEREIRA DA SILVA, o direito de aguardar o julgamento em liberdade pelos exaustivos argumentos supra, bem como seja expedido com extrema urgência os competentes CONTRAMANDADOS DE PRISÃO, bem como os ofícios necessários e, após as informações prestadas, requer seja definitivamente concedida a ordem, e confirmando-se a liminar*" (fl. 16),

É o relatório.

**Decido.**

Verifica-se, **ao menos neste juízo de prelibação**, que o r.

**decisum** determinou o cumprimento provisório da pena, com base no **entendimento firmado pelo col. Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do **ARE n. 964.246**, submetido à **sistemática da repercussão geral**, no qual foi reafirmada a jurisprudência daquela col. Corte, no sentido de que *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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"* (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 25/11/2016).

Esta Corte Superior de Justiça encampou o mesmo entendimento, **verbis**:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO PELO TRIBUNAL A QUO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. O entendimento desta Corte é no sentido de que não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil - CPC e art. 3º do Código de Processo Penal - CPP, os quais autorizam o relator negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado, deficientemente fundamentado, em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, como é o caso dos autos. Por outro lado, o julgamento do agravo regimental permite que a decisão atacada seja apreciada no órgão colegiado.*

*2. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário, assim como o recurso especial, desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, pela Suprema Corte no exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em 5/10/2016.*

*3. O Superior Tribunal de Justiça também*

*adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento, pela Sexta Turma, dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.*

*3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 378.960/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe 25/05/2017).*

Conforme se observa, no caso concreto, o recurso de embargos de declaração oposto pelos pacientes já foi, inclusive, julgado pelo eg. Tribunal **a quo** (fls. 75-78):

*"Embargos de Declaração Obscuridade, Omissão e Contradição Inocorrência Ausência absoluta de obscuridade, omissão e contradição no v. Acórdão Prequestionamento Inadmissibilidade Embargos de Declaração Rejeitados."*

Assim, esgotadas as instâncias ordinárias, o que se verifica na hipótese, não há óbice ao cumprimento provisório da pena privativa de liberdade. Ilustrativamente:

*"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXAURIDAS. ORDEM CONCEDIDA.*

*I - O Supremo Tribunal Federal, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, que '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' (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).*

*II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.*

*III - Na hipótese, não estão esauridas as vias recursais ordinárias, tendo-se em vista que houve a oposição de embargos declaratórios pela defesa, pendentes de julgamento, fato que impede, por enquanto, a aplicação do precedente fixado pelo col. Pretório Excelso.*

*Ordem concedida para determinar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias." (HC 428.816/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 21/03/2018, grifei)*

*"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELA CORTE ESTADUAL. DETERMINAÇÃO DE INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENDÊNCIA DE EXAME DOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS CONTRA O ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO APELO DEFENSIVO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA.*

*1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44.*

*2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.*

*3. Na espécie, de acordo com as informações prestadas pelo Tribunal de origem, ainda estão pendentes de julgamento os embargos infringentes opostos contra o acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, o que impede a execução provisória das sanções impostas aos pacientes, à luz do que foi decidido pela Corte Suprema. Precedente do STJ.*

*4. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, suspender a execução provisória das penas impostas aos pacientes até o esgotamento da jurisdição ordinária." (HC 424.949/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 06/04/2018, grifei)*

Diante do exposto, não comprovadas **primo ictu oculi** quaisquer ilegalidades, **indefiro o pedido liminar**.

Solicitem-se, com urgência e via telegrama, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade apontada como coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. I.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer  
Relator

