HABEAS CORPUS Nº 494.106 - MS (2019/0046817-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	PEDRO ROBERTO DA SILVA CASTRO FILHO
ADVOGADO	:	PEDRO ROBERTO DA SILVA CASTRO FILHO - SP309527
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	ANTONIO NAVARRO DA SILVA JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTONIO NAVARRO DA SILVA JUNIOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no julgamento da Apelação Criminal n. 0055654-76.2011.8.12.0001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.019 dias multa, pela prática do crime previsto no art. 35, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 35/68).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento e determinou que, após os recursos ordinários, fosse expedido mandado de prisão em desfavor do paciente.

No presente *habeas corpus*, o impetrante sustenta existência de constrangimento ilegal na fixação de regime inicial fechado, ao argumento de serem aplicáveis ao caso os termos do disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, possibilitando a aplicação de regime inicial semiaberto.

Aduz, ainda, que o paciente deve permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, porquanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *decidiu que o cumprimento da pena, após condenação em segunda instância, não seria automática e que deveria ser devidamente fundamentada, o que não ocorreu no caso em apreço* (fl. 16).

Quanto à dosimetria da pena, insurge-se contra a incidência do disposto no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que *a acusação não trouxe nenhuma prova eficaz capaz de indicar concretamente a mercancia entres os estados da federação, assim, não podemos basear nossa convicção tão somente nos relatos isolados na fase administrativa, como nos ensina artigo 155 do Código de Processo Penal* (fl. 20).

Aponta, por fim, estarem presentes os requisitos para a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois *o paciente não ostenta antecedentes criminais, possui residência fixa e trabalho lícito, possuindo três filhos* e *não faz parte de organização criminosa* (fl. 21).

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, a realização de nova dosimetria da pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a aplicação de regime inicial mais brando.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Acerca da determinação da expedição de mandado de prisão e o imediato início da execução provisória da sanção imposta, ao que parece, não há ilegalidade, porquanto estaria em consonância com a decisão do STF, no julgamento do HC n. 126.292/SP.

Efetivamente, esse é o entendimento do Supremo Tribunal 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 Zavascki, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerra a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena. Embora tal decisão não seja dotada de efeito vinculante, o novo entendimento aplicado pelo Pleno não pode ser desconsiderado por esta Corte.

Outrossim, já decidiu esta Corte, em precedente de minha relatoria, que o *duplo grau de jurisdição obrigatório não se aplica às decisões em ações penais de competência originária dos Tribunais. (EDcl no REsp. 1.484.415/DF, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sextas Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 14/04/2016). Assim, esgotada a instância ordinária, é possível dar início à execução provisória da pena, ainda que se trate de ação penal originária, a menos que a parte demonstre, no momento apropriado, a plausibilidade do direito alegado no recurso especial ou extraordinário ainda em processamento* (HC 383.616/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).

Na espécie, a própria Corte local ressalta que a expedição do mandado de prisão fica condicionada ao encerramento dos prazos para recursos ordinários (fl. 33), o que está em consonância com o entendimento firmado pelas Cortes Superiores acerca do tema.

Quanto aos demais temas, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos, para se aferir a

existência de eventual constrangimento ilegal, notadamente se considerado que, a princípio, a aplicação de regime inicial fechado está lastreada na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, devidamente evidenciadas na sentença condenatória (fls. 64/66).

Ademais, o pedido liminar confunde-se com o próprio mérito da impetração, o qual deverá ser analisado em momento oportuno, após parecer ministerial, por ocasião do julgamento definitivo do *habeas corpus* pelo colegiado.

Ante o exposto, **indefiro** a liminar.

Devidamente instruído, dispenso informações. Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator