

**HABEAS CORPUS Nº 548.545 - SP (2019/0356787-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**IMPETRANTE** : WESLEY FELIPE MARTINS DOS SANTOS RODRIGUES E OUTRO  
**ADVOGADOS** : WESLEY FELIPE MARTINS DOS SANTOS RODRIGUES - SP347128  
ELOÍSE SIMÃO - SP400905  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUIS HENRIQUE FERTIL FIGUEIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de LUIS HENRIQUE FERTIL FIGUEIRA, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** que deu provimento ao recurso de apelação ministerial nº 1500437-02.2018.8.26.0530, para majorar a pena do ora paciente para 5 anos de reclusão e fixar o regime inicial fechado pela prática do delito de tráfico de drogas, tendo consignado que *"Consolidado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 05 de outubro de 2016, daquele que prevaleceu no HC n. 126.292/SP, Rei. Min. Teori Zavascki, no sentido de que, exaurida a possibilidade de tramitação de recursos em segunda instância, ainda que pendentes recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo, possível a determinação de início imediato do cumprimento da pena, determino a expedição de mandado de prisão após certificada a não interposição de recursos ordinários da presente decisão"* (fl. 229).

Depreende-se dos autos que o ora paciente teve sua **prisão em flagrante convertida em preventiva** e, posteriormente, foi condenado como incurso nas sanções previstas no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, à pena de **1 ano e 8 meses** de reclusão, em regime inicial **aberto**, **sendo convertida a pena privativa de liberdade em uma restritiva de direitos**, consistente em prestação de serviços à comunidade, com determinação da expedição do **alvará de soltura**.

Irresignado com os termos da condenação, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido, à unanimidade, em v. acórdão assim ementado:

*"APELAÇÃO CRIMINAL - tráfico de entorpecentes - Afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 - Dedicção às atividades criminosas - Comprovação de não se tratar de traficante habitual - Regime prisional aberto - Impossibilidade - Necessidade de fixação do regime inicial fechado - Art. 33, § 3º, do CP." (fl. 230).*

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que *"não mais se sustenta a decisão ora guerreada na parte em que determina a expedição de mandado de prisão em desfavor do Paciente com o vencimento do prazo para oposição de embargos de declaração (finalização do julgamento pela segunda instância), vez que a mais alta corte do país modificou seu entendimento a respeito do tema e sedimentou que a medida viola o princípio constitucional da presunção de inocência. No caso em apreço, não houve o trânsito em julgado da acusação, pois pendente a apreciação dos recursos extraordinários"* (fl. 6).

Ao final, requer *"a concessão da tutela de urgência a LUIS HENRIQUE FÉRTIL FIQUEIRA para que seja anulada a decisão hostilizada na parte em que ordena o início do cumprimento da pena, vez que o fundamento da determinação do acórdão de fls. 220/226 não mais se sustenta diante do resultado do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, todas de relatoria do Ministro Marco Aurélio"* (fl. 7).

É o breve relatório.

**Decido.**

**Na hipótese**, o ora paciente teve sua prisão em flagrante convertida em **preventiva**, sendo posteriormente condenado pelo delito de tráfico de drogas, com substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, determinada a expedição do respectivo **alvará de soltura**. Por ocasião do julgamento da apelação ministerial, a pena foi substancialmente agravada, com

fixação do **regime inicial fechado** e determinado o início da **execução provisória** da pena.

Dessarte, não obstante tenha o c. Supremo Tribunal Federal, concluído, em 07/11/2019, o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, julgando-as procedentes e, com isso, firmado novo entendimento, no sentido de que a execução penal provisória, antes de findadas as oportunidades para recurso, somente seria cabível quando houver sido decretada a prisão preventiva do sentenciado, nos moldes do artigo 312 do CPP, denota-se, **na hipótese**, em razão das **peculiaridades do caso concreto**, que tal pleito deverá ser analisado junto ao Juízo competente (Tribunal de origem), o qual terá mais condições de aferir o preenchimento dos requisitos necessários à eventual concessão de liberdade, ficando esta eg. Corte Superior impedida de apreciar diretamente o tema, sob pena, inclusive, de se configurar a indevida supressão de instância.

Isso posto, não conheço do **habeas corpus**, declino da competência e determino, tendo como premissa o princípio da celeridade, seja o presente **mandamus** redistribuído, **com urgência**, à 7ª Câmara de Direito Criminal do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Diligências necessárias.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator