

HABEAS CORPUS Nº 533.619 - SP (2019/0276765-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : **FABIO SPOSITO COUTO E OUTROS**
ADVOGADOS : **FÁBIO SPOSITO COUTO - SP173758**
 JOSÉ LUIZ MOREIRA DE MACEDO - SP093514
 LUIZ ANTONIO DA CUNHA CANTO MAZAGAO - SP112654
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **LEONARDO GOMES DE LIMA**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LEONARDO GOMES DE LIMA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0011729-77.2015.8.26.0590).

Os autos dão conta de que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque ele trazia consigo 4 (quatro) cartelas, cada uma delas contendo 25 (vinte e cinco) porções destacáveis de LSD (e-STJ fl. 32).

O Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente/SP desclassificou a conduta para o crime de posse de drogas para consumo próprio (art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) e, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal (atipicidade da conduta), absolveu o réu (e-STJ fls. 32/37).

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu provimento para "*condenar o réu às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de tráfico de drogas (artigo 33, 'caput', da Lei n. 11.343/06)* – e-STJ fls. 27/28. Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fl. 17):

Apelação. Crime de tráfico de drogas. Absolvição na origem por atipicidade do fato. Materialidade e autoria demonstradas. Condenação pelo crime de tráfico de drogas. Fixação de sanção penal. Provimento ao recurso.

Superior Tribunal de Justiça

No presente writ, a defesa afirma que, "*a revelia de qualquer manifestação ministerial, a Turma Julgadora determinou a execução provisória da pena privativa de liberdade, ordenando ao juízo de origem a expedição de mandado de prisão em desfavor do Paciente, para iniciar imediatamente o cumprimento da pena imposta pelo v. acórdão, sem se esgotar as vias recursais ordinárias, pois pendente de julgamento de embargos declaratórios*" (e-STJ fls. 5/6).

Sustenta que, "*para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade, dever-se-ia aguardar o trânsito em julgado, ou na melhor das hipóteses, como no presente caso, o julgamento dos embargos de declaração, como é a iterativa posição desta Colenda Corte Superior*" (e-STJ fl. 12).

Por isso, requer, inclusive liminarmente, a suspensão do início da execução provisória da pena.

O pedido de medida liminar foi deferido para permitir que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento dos embargos de declaração opostos no Tribunal de origem, devendo a execução provisória da pena permanecer suspensa até que seja julgado o referido recurso (e-STJ fls. 52/57).

Informações e documentos foram apresentados pelos Juízos de primeiro (e-STJ fls. 187/197) e de segundo grau (e-STJ fls. 62/86).

O Ministério Público Federal exarou parecer opinando pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 88):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO. SOMENTE É VIÁVEL A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NÃO OCORRIDO NA HIPÓTESE CONCRETA. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

Petição defensiva apresentada às e-STJ fls. 96/186.

É, em síntese, o relatório.

Consoante se extrai do relatório, os impetrantes insurgem-se contra a determinação de execução provisória da pena do paciente.

Superior Tribunal de Justiça

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP (relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), firmou posicionamento no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, deixando assente que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição "*não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*".

Essa orientação, posteriormente, foi adotada pela Corte Especial e por ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça (v.g. QO na APn n. 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe 26/4/2016; HC n. 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 14/06/2016; HC n. 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe 24/5/2016).

No entanto, em 7/11/2019, o Pretório Excelso, por maioria, quando do julgamento definitivo das ADCs n. 43, 44 e 54, julgou procedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Em outras palavras, definiu o Supremo Tribunal Federal que, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena (ADCs n. 43, 44 e 54, Tribunal Pleno, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 7/11/2019, ata de julgamento publicada em 11/11/2019).

Na hipótese, considerando-se a nova orientação da Suprema Corte acerca da questão e os fatos de o paciente ter respondido ao processo em liberdade, de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação (conforme consulta realizada no sítio eletrônico do Tribunal de origem) e de sua custódia ter decorrido da determinação de execução provisória da pena outrora permitida (e-STJ fls. 80/82), vislumbro a existência do constrangimento ilegal alegado.

Superior Tribunal de Justiça

De mais a mais, a alegada necessidade de resguardar a ordem pública, também registrada no acórdão impugnado, não merece prosperar, tendo em vista que, desde a data dos fatos (16/10/2015), o paciente respondeu ao processo em liberdade, não havendo, portanto, contemporaneidade com a determinação de prisão exarada quando do julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal de origem (26/8/2019).

Ante o exposto, **concedo a ordem** (art. 34, XX, do RISTJ) para cassar a decisão do Tribunal de origem quanto à determinação da execução provisória da pena, permitindo que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, ressalvada a possibilidade de ele estar preso por outro motivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator