

HABEAS CORPUS Nº 544.462 - SP (2019/0335258-5)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : CHAFEI AMSEI NETO
ADVOGADO : CHAFEI AMSEI NETO - SP242963
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME SILVA INOCENCIO FIGUEIREDO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de GUILHERME SILVA INOCÊNCIO FIGUEIREDO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001175-11.2017.8.26.0559.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime **fechado**, e pagamento de 388 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 596-616).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"Apelação criminal. Tráfico de drogas. Pretensão de absolvição ao argumento de insuficiência probatória. Pedidos subsidiários de aplicação da fração máxima em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, regime inicial mais brando e substituição da pena. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação pelo tráfico ilícito de entorpecentes. Penas e regime mantidos. Recursos improvidos" (fl. 785).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a

ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime fechado e negativa de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem ante a impossibilidade de início de cumprimento da pena privativa de liberdade antes findar o prazo para interposição e julgamento do embargos de declaração interpostos pela defesa em segunda instância. **No mérito**, pugna pela fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

É o breve relatório.

Decido.

A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

Na hipótese, **ressalto por oportuno**, que na linha da jurisprudência até então firmada no âmbito desta Corte, a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de configurar-se antecipação de pena ou execução provisória, inadmitida, até então, pela Suprema Corte, com base no **HC n. 84.078/MG**, da relatoria do em. Ministro **Eros Grau**.

Nesse sentido: AgRg no RHC 47.220/MG, **5ª Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC 36.642/RJ, **6ª Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC 296.276/MG, **5ª Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC 48.014/MG, **6ª Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014; **v.g.**

Entretanto, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do e. Min. **Teori Zavascki**, e decidiu pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação, em v. acórdão publicado em **17/5/2016**. Em outras palavras, estaria autorizada a execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância.

Tal entendimento, cumpre frisar, foi alterado pela Suprema Corte, em **7/11/2019**, no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

Naquele julgamento, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento jurisprudencial e **concluiu que a prisão para execução da pena somente é possível após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, com o esgotamento de todos os recursos cabíveis**.

Portanto, a prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis só poderá ocorrer por decisão individualizada, com a demonstração da existência dos

Superior Tribunal de Justiça

requisitos para a prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

No caso dos autos **verifico que a ação penal ainda não transitou em julgado**, portanto, de acordo com o novo entendimento definido pelo Supremo Tribunal sobre a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para o início da execução da pena, ressalvadas a hipótese de prisão cautelar e a determinação da custódia com essa natureza, condições e efeitos, **concedo a liminar** para garantir o direito ao paciente de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, **salvo se por outro motivo estiver preso**.

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

Após, vista ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2019.

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

Relator