HABEAS CORPUS Nº 549.632 - SP (2019/0362188-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	FAUSTO GILBERTO LAURITO JUNIOR
ADVOGADO	:	FAUSTO GILBERTO LAURITO JUNIOR - SP146163
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SÉRGIO RODRIGUES ROQUE (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SÉRGIO RODRIGUES ROQUE apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002132-40.2013.8.26.0595).

Consta dos autos ter sido o paciente condenado à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 1.599 dias-multa, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante a apreensão de cerca de 746kg (setecentos e quarenta e seis quilos de maconha). Na ocasião, a liberdade do paciente foi mantida em razão da concessão do recurso em liberdade.

Irresignada, a defesa ingressou com recurso, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo e ordenado a expedição de mandado de prisão. Eis a ementa do aludido julgado (e-STJ fl. 18):

> APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM PRELIMINAR NULIDADE DO PROCESSO ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA ACOMPANHAR REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA REALIZADA VIA PRECATÓRIA DESCABIMENTO DEFENSOR CONSTITUÍDO QUE FOI REGULARMENTE INTIMADO DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA, CABENDO-LHE DILIGENCIAR NO JUÍZO DEPRECADO A REALIZAÇÃO DO ATO JUDICIAL PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA SÚMULA 273 DO STJ - ADEMAIS, AUSENTE PREJUÍZO À DEFESA PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA AMBOS OS DELITOS - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS PALAVRAS DOS POLICIAIS VÁLIDAS, COERENTES E SUBSTANCIAIS, INCONSISTENTE A NEGATIVA DE AUTORIA - DESCRIÇÃO DETALHADA DAS CONDUTAS TÍPICAS E ILÍCITAS IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR POR IMPOSIÇÃO LEGAL PENAS E REGIME CRITERIOSAMENTE FIXADOS, OBSERVADO O REGRAMENTO APLICÁVEL INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 42, DA LEI DE DROGAS QUANTIDADE GRANDE DE MACONHA APREENDIDA (CERCA DE 746 QUILOS), MODO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C2383C6A-517B-43E8-9F72-64A711B537F2

COMO ESTAVAM ACONDICIONADAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME EVIDENCIAM O TRÁFICO DE DROGAS E A ASSOCIAÇÃO PARA MESMO FIM - SUBSTITUIÇÃO DAS REPRIMENDAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS INSUFICIENTE PARA REPRESSÃO E PREVENÇÃO DO DELITO GRAVIDADE DO CRIME QUE IMPÕE A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO ENTENDIMENTO PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSOS DESPROVIDOS.

No presente *writ*, insurge-se a defesa contra a execução provisória da pena, já que não transitou em julgado a condenação, estando os autos na fase de processamento do agravo interposto contra a decisão que não admitiu o recurso especial.

Busca, inclusive liminarmente, possa o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

É, em síntese, o relatório.

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP (relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 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 do Superior Tribunal de Justiça (*v. g*. QO na APn n. 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe de 26/4/2016; HC n. 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe de 14/6/2016; HC n. 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe de 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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C2383C6A-517B-43E8-9F72-64A711B537F2

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 (já que manejado agravo em recurso especial) e de sua custódia ter decorrido exclusivamente da determinação de execução provisória da pena outrora permitida, vislumbro a existência do constrangimento ilegal alegado.

Ante o exposto, **concedo liminarmente o *habeas corpus*** a fim de cassar a decisão do Tribunal de origem no tocante 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 estar preso por outro motivo, sem prejuízo de eventual decretação da custódia ou de fixação de outras medidas cautelares, caso demonstrada a necessidade.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C2383C6A-517B-43E8-9F72-64A711B537F2