

**HABEAS CORPUS Nº 485.775 - SP (2018/0342389-9)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE : ROBERTO RODRIGUES RIBEIRO**  
**ADVOGADO : ROBERTO RODRIGUES RIBEIRO - SP161631**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ORLANDO DE SOUZA PINHEIRO (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de ORLANDO DE SOUZA PINHEIRO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0006449-09.2015.826.0079.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática de delitos tipificados nos arts. 304 e 297 do Código Penal (uso de documento falso e falsificação de documento público), tendo sido deferido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão, nos termos do acórdão assim ementado:

*APELAÇÃO CRIMINAL - USO DE DOCUMENTO FALSO - PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA NEGADA - MATERIALIDADE COMPROVADA - AUTORIA INCONTESTÁVEL - RÉU CONFESSO - EVENTUAL NECESSIDADE QUE NÃO JUSTIFICA A CONTRAFAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - PENA INALTERADA - REGIME SEMIABERTO JUSTIFICADO PELA CONDENAÇÃO DEFINITIVA - RECURSO DESPROVIDO (fl. 33).*

No presente *mandamus*, alega que a manutenção do regime semiaberto carece de fundamentação idônea. Aponta que a concepção do Tribunal de origem, no sentido de que condenações anteriores ao período depurador da reincidência podem caracterizar maus antecedentes, viola doutrina e jurisprudência dominantes quanto à inconstitucionalidade da imposição automática de regime inicial semiaberto para réus tecnicamente primários.

Indica que, no caso concreto, a condenação anterior utilizada para a aplicação da reincidência refere-se a fato ocorrido no ano de 2006, cuja punibilidade encontra-se extinta.

Aduz violação ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade. Ressalta as condições pessoais favoráveis do paciente e sustenta a suficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Destaca o entendimento consignado na Súmula n. 44 do STJ.

Pugna, assim, em liminar, pela expedição de salvo conduto em favor do paciente, diante da iminência do mandado de prisão. No mérito, requer seja alterado o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.

Decido.

Vê-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o cumprimento antecipado da pena do paciente em decorrência do acórdão proferido no julgamento da Apelação n. 0006449-09.2015.826.0079.

Pelo que se pode verificar, ainda não foi esgotada a jurisdição da Corte de origem, o aresto é passível de oposição de embargos de declaração, fato que obsta a expedição de mandado de prisão em desfavor do apenado.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

***PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO CRIMINAL. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO E DE FORMAÇÃO DE PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL PROVISÓRIO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXAURIDAS. ORDEM CONCEDIDA.***

*I - O Supremo Tribunal Federal, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, que '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' (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori*

*Zavascki, DJe de 17/5/2016).*

*II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.*

***III - Não é o que ocorre, na hipótese, tendo-se em vista que houve a oposição de embargos infringentes pela defesa, pendentes de julgamento, não estando exauridas, portanto, as vias recursais ordinárias.***

*Ordem concedida para, confirmando a liminar de fls. 83/84, determinar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias, sendo vedada, no meio tempo, a formação de processo de execução criminal provisório (HC 358.257/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/8/2016).*

***PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES DA DEFESA. EFEITO SUSPENSIVO. CONDENAÇÃO AINDA NÃO CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. ORDEM CONCEDIDA.***

*1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora.*

***2. Embora determinado o imediato cumprimento da pena, com a expedição do mandado de prisão, encontra-se pendente o julgamento, pelo Tribunal a quo, dos embargos infringentes opostos pela defesa, cujo efeito suspensivo impede, por ora, a expedição da ordem de prisão, vez que ainda não confirmada a condenação por colegiado de segundo grau.***

*3. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso (HC 360.118/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/8/2016).*

Por tais razões, **defiro o pedido de liminar** apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o esgotamento dos prazos recursais ordinários, perante o Tribunal estadual, se por outro motivo não estiver preso.

Oficie-se, com urgência, a autoridade coatora, bem como o Juízo de primeiro grau, para adoção das providências cabíveis. Na ocasião, solicitem-lhes as informações pertinentes, a serem prestadas, preferencialmente, por meio eletrônico, e o envio de senha para acesso ao processo no *site* do Tribunal, se for o caso.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2018.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator