

HABEAS CORPUS Nº 376.937 - SP (2016/0286923-3)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : FLAVIO FARINACCI PAIVA DE FREITAS E OUTRO
ADVOGADO : FLAVIO FARINACCI PAIVA DE FREITAS - SP358022
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIO ALVES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDIO ALVES DA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, dos crimes de violência doméstica e porte de munição. Encerrada a fase procedimental, foi condenado à pena de 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida a partir do regime semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Irresignada, a defesa recorreu, tendo o Tribunal de origem reduzido a pena para 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de detenção e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Assevera a defesa que o art. 61 do Código de Processo Penal dispõe que em qualquer fase processual o juiz pode reconhecer a extinção da punibilidade, mas que, ao ingressar com *habeas corpus* prévio, a autoridade coatora denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 292):

Habeas Corpus - Posse ilegal de munição – Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal - Impossibilidade - Lapso de quatro anos não superado por qualquer marco interruptivo da prescrição (CP, arts. 109, V, e 117, I e IV) - Nulidade do processo - Realização de audiência sem a presença do paciente - Inquirição de testemunhas interessadas na sua condenação - Deficiência da defesa técnica – Julgamento de apelação criminal por esta C. Câmara que impede a apreciação das demais matérias aventadas na impetração – Impossibilidade desta E. Corte figurar, a um só tempo, como coatora e como julgadora, isto é, de rever suas decisões – Habeas corpus indeferido, liminarmente.

Daí, a presente impetração, na qual se alega que, "com a captura do paciente e sem a delegacia informar o magistrado, o paciente está sofrendo

constrangimento ilegal por ser detido em regime fechado na penitenciária de Hortolândia/SP enquanto sua pena é de regime semiaberto" (e-STJ fl. 9).

Afirma que "a decretação da prisão do paciente foi em prazo inferior a 2 anos, ou seja a 1, 2 (um ano e dois meses), assim a decretação de nulidade na condenação, uma vez que deixou de aplicar na espécie dos autos em favor do paciente a figura disposta no artigo 44 do Código Penal. Contudo ao proferir as respeitadas decisões as autoridades coatora não deram cumprimento ao determinado no artigo 35, § 2º, do Código Penal e nem a súmula 719 do colendo Supremo Tribunal Federal" (e-STJ fl. 10).

Ressalta, outrossim, que "o regime inicial fechado é mais gravoso do que ao aplicado na condenação, que é o regime semiaberto, tal deficiência é uma conduta corriqueira no sistema prisional brasileiro. Contudo, o paciente não pode arcar com a ineficiência do Estado, que por falta de aparelhamento, imputa-lhe o regime mais gravoso que o cominado no título judicial" (e-STJ fl. 10).

De outra vertente, pontua, no que tange à prescrição, que:

[...] neste presente caso após a redução de pena concedida por este Egrégio Tribunal, passando a pena de para 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 dias detenção, folhas 168, neste caso como os fatos foram anteriores a Lei 12.234 de 05 de maio de 2010, a incidência do prazo prescricional ocorre na data dos fatos.

Exmo. Relator quando transitou em julgado a condenação do paciente julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, através da certidão de trânsito em julgado as folhas 171, datada em 04/05/2016, já incidia a prescrição.

O marco inicial da prescrição se deu no dia 13/02/2010 folhas 07 boletim de ocorrência 509/2010, quando vigorava o artigo 109 e 110 do Código Penal, antes das alterações da Lei Federal 12.234 de 05/05/2010.

A Constituição Federal, dispõe em seu artigo 5º inciso XL, dispõe que: - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Porém, na vigência do marco inicial do suposto delito, ocorrido no dia 13 de fevereiro de 2010, e o artigo 109 e 110 do Código Penal vigente antes da alteração da Lei 12.234/10, impunha os seguintes termos:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

III- em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4(quatro) anos e não excede 8 (oito);

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Conforme extrai nos autos o ato delituoso ocorreu no dia 13 de fevereiro de 2010 e a condenação transitou em julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça folhas 171 na data de 05 de maio de 2016, ou seja, 6 anos e 65 dias, portando a pretensão punitiva encontra-se prescrita.

Assevera, ainda, que "as supostas munições apreendidas às folhas 07/08 boletim de ocorrência 509/2010, foi encaminhada a perícia folhas 21/22 somente no dia 16 de maio de 2012, ou seja, dois anos após a ocorrência dos supostos fatos, e estas munições não possuem composição química, são artefatos inúteis, uma vez que a própria perícia apenas se atentou na contagem de números de capsulas de munições e não fez a comprovação de veracidade destes objetos. [...] o porte de munição desarmada, ou seja sem a arma de fogo, não representa qualquer lesão ou perigo efetivo a qualquer objetividade jurídica, portanto não pode ser considerado crime. Apesar de comprovada a posse, porte ou detenção não autorizada de munição de uso permitido, descaracteriza como crime ante à ausência da arma de fogo, isso é medida de justiça, uma vez que sem a arma de fogo a munição não represente perigo a ninguém, além do que as munições são falsas e não representam perigo a sociedade" (e-STJ fl. 18).

Enfatiza a nulidade absoluta do processo, por ausência de defesa "uma vez que foi possível identificar-se o desempenho meramente formal do defensor, bem como sua postura praticamente contemplativa e porque, pelo menos fisicamente, ele se encontrava presente aos atos processuais. No entanto, a simples presença física do defensor não é suficiente para a realização de uma defesa técnica efetiva cuja existência é imperativo do devido processo legal inerente ao processo penal, justificando-se, com

isso, o fato do STJ ter equiparado a defesa meramente formal com a insanável ausência de defesa" (e-STJ fl. 29).

Diante disso, requer seja concedida a liminar para conceder ao paciente a liberdade provisória e revogar o mandado de prisão. No mérito, busca "*seja determinado que a pena seja cumprida no regime aberto, com fincas na Súmula 791 do STF, ou então, se proceda a aplicação da hipótese disposta no artigo 44 e incisos do Código Penal, em favor do paciente que preenche ambos os requisitos para ser agraciado com tais benesses, uma vez que a se tenha condenatória aplicou o semiaberto e o paciente esta cumprindo fechado, é por demais injusto por existir situação mais benéfica contemplada pela Lei Penal; 04)- a prescrição por ser matéria de ordem pública e por simples petição pode ser arguida em qualquer fase processual, requer a decretação da extinção da punibilidade, devido a incidência da prescrição retroativa, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, do artigo 107, inciso IV, artigo 109, inciso III e artigo 110, § 1º e § 2º (antes da Lei 12.2334/2010) ambos do Código Penal, para fins de absolver o paciente Edio Alves da Silva; 05)- superado a prescrição, seja concedida a ordem no presente writ, para que seja declarada a atipicidade da conduta imputada ao paciente Edio Alves da Silva, diante da declaração da inconstitucionalidade do artigo 12 da Lei Federal 10. 826/03 neste presente caso; 06)- a anulação relativa do processo principal retroagindo as folhas 99 para nova audiência de instrução, debate e julgamento, diante do vício das testemunhas de acusação terem interesses na condenação do paciente pela briga da posse do imóvel e pela deficiência de defesa técnica" (e-STJ fls. 33/34).*

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 297/301).

Informações prestadas às e-STJ fls. 306/307 e 310/411.

Parecer ministerial pela denegação da ordem (e-STJ fls. 696/701).

O pedido de tutela provisória foi indeferido (e-STJ fls. 707/710).

É, em síntese, o relatório.

Informações extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de origem noticiam que, em 23/1/2019, nos autos da Execução da Pena n.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2615 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 20 de Fevereiro de 2019 Publicação: Quinta-feira, 21 de Fevereiro de 2019

0000077-65.2017.8.26.0502, foi julgada extinta a pena privativa de liberdade imposta ao sentenciado, ora paciente, diante do integral cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

Dessarte, é patente que o presente *writ* está prejudicado, haja vista a perda superveniente de objeto.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **julgo prejudicado** o presente *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

