HABEAS CORPUS Nº 493.439 - SP (2019/0042755-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	ABADIA NEVES BERETA
ADVOGADO	:	ABADIA NEVES BERETA - SP0118779
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	I A DOS S

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado em favor de I. A. dos S., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 217-A, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Interposta apelação, o Tribunal de origem, em 7/2/2019, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos e determinando o cumprimento imediato da pena.

A defesa alega que o paciente respondeu em liberdade a todo o processo, sendo ilegal a expedição do mandado de prisão antes de esgotada a jurisdição das instâncias ordinárias, já que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva e ainda transcorre o prazo para a defesa apresentar embargos de declaração.

Afirma que o acórdão que julgou a apelação ainda não foi publicado, mas já foram interpostos embargos de declaração em face da decisão.

Requer a concessão liminar da ordem, para que o paciente aguarde o exaurimento das instâncias ordinárias em liberdade, expedindo-se contramandado de prisão.

É o relatório.

DECIDO.

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se, de plano, evidente constrangimento ilegal.

Busca-se, no caso, a expedição de contramandado de prisão tendo em vista que, no julgamento do recurso de apelação, foi determinado o início imediato da execução provisória da pena (fls. 18/19).

Inicialmente, consigna-se que a Sexta Turma desta Corte já firmou entendimento, ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de

Assis Moura, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

Desse modo, prolatado o julgamento condenatório por Tribunal de Apelação, e ausentes recursos especial ou extraordinário, com casuísticos efeitos suspensivos concedidos – por cautelar ou *habeas corpus* –, é possível a execução provisória da pena.

Entretanto, na hipótese, ainda que o Tribunal de origem, ao julgar a apelação, tenha determinado a imediata expedição de mandado de prisão, verifica-se que ainda está em curso prazo para a defesa apresentar embargos de declaração em face do acórdão (fls. 24/25).

Nesse contexto, resta evidenciado *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, porquanto a expedição de mandado de prisão somente poderia ter sido realizada após o esgotamento da instância ordinária, o que ainda não ocorreu.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. DENÚNCIA: TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA, PELO JUÍZO PROCESSANTE, PARA A DESCRIÇÃO TÍPICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO, POR TRÁFICO DE DROGAS, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO RECURSAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> *3.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).***
>
> *4. No caso, o acórdão impetrado não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a segregação cautelar; somente faz referência à gravidade abstrata do delito e a artigos de lei, não ressaltando qualquer aspecto relevante que demonstre o efetivo risco à ordem pública, caso a paciente seja mantida em liberdade. Referências aos termos da*

lei processual e uma análise teórica, com termos genéricos, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pela paciente não são hábeis para justificar a prisão cautelar.

5. Ademais, e por outro lado, ***não é possível dar início à execução provisória da pena porque a segunda instância não encerrou o julgamento da ação penal originária. Pende de julgamento embargos de declaração (com efeitos infringentes) opostos pela defesa****. O Ministério Público noticiou, ainda, a oposição de embargos infringentes. Por fim, o regime inicial fechado foi fixado pelo Tribunal em virtude da gravidade abstrata e da hediondez do crime.*

Constrangimento ilegal configurado.

6. Habeas Corpus não conhecido. ***Ordem concedida de ofício para determinar que a paciente aguarde em liberdade, pelo menos, o exaurimento da jurisdição do Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver presa*** (HC 343.302/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016).

Ante o exposto, defiro a liminar para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o esgotamento da instância ordinária.

Comunique-se.

Solicitem-se informações.

Após, ao Ministério Público Federal, para manifestação.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator