RCD no HABEAS CORPUS Nº 498.713 - SP (2019/0073855-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
REQUERENTE	:	JOSE CARLOS DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQUERIDO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar nos autos do presente *habeas corpus*, impetrado em favor de JOSE CARLOS DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0007646-52.2015.8.26.0223.

O Paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, por incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal. O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos (fls. 39-50).

A Defensoria Pública Impetrante busca, no presente *writ*, a fixação do regime prisional aberto e que possa o Paciente aguardar o trânsito em julgado da ação penal em liberdade.

Deferi parcialmente o pedido liminar para fixar o regime aberto e determinar ao Juízo de primeiro grau que, *incontinenti*, estabeleça as condições de cumprimento ao Paciente, se por *al* não estiver preso.

A Requerente afirma que a condenação não transitou em julgado para a Defesa, pois interpôs embargos de declaração do acórdão impugnado. Por isso, busca a reconsideração da decisão que indeferiu a liminar para o fim de acolher o pleito de impedir a execução provisória de sentença condenatória.

Relatei. Decido.

No acórdão proferido em 13/12/2018, a Corte *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e determinou que:

> *" fosse providenciado o necessário para a expedição de mandado de prisão, nos termos do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP, reafirmado pelas decisões que indeferiram, por maioria de votos, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº´s43 e 44, observando-se o regime prisional estabelecido"* (fl. 39).

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime de repercussão geral, reafirmou o entendimento de que "*a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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*" (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Todavia, **não se afigura possível a imediata execução da pena privativa de liberdade, pois embora julgada a apelação, foi determinada a prisão do Paciente antes do exaurimento do prazo para eventual oposição de embargos de declaração**.

No caso, os autos baixaram a origem para intimar a Defensoria Pública do acórdão, a qual informa a oposição dos aclaratórios. Com igual conclusão, cito os seguintes precedentes desta Corte:

> "*PROCESSO PENAL.* HABEAS CORPUS. *FURTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. Após o julgamento do* Habeas Corpus *n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de 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'. *Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.*
>
> *2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.*
>
> *3.* ***Na hipótese, constando nos autos informação apresentada pelo Tribunal de origem de que os embargos declaratórios opostos pela defesa ainda não foram apreciados por aquele Sodalício, deve ser determinada a suspensão da execução provisória da pena porque ainda não exauridas as instâncias ordinárias****.*
>
> *4. Ordem concedida para determinar que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento das instâncias ordinárias para início da*

execução provisória da pena." (HC 416.301/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018; sem grifos no original)

"HABEAS CORPUS. *TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.*

1. A Corte de origem não logrou fundamentar de maneira idônea o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto não declinou elementos concretos dos autos aptos a demonstrar a efetiva dedicação do paciente às atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa e a quantidade do entorpecente apreendida não é expressiva - 1,4g de cocaína. Imperiosa, pois, a aplicação da minorante no patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final de 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções. ***Ratificação da liminar concedida, para determinar que o início da execução provisória da pena se dê somente depois de esgotadas as instâncias ordinárias***." (HC 424.989/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de reconsideração para suspender os efeitos do mandado de prisão cuja expedição foi determinada *tout court* no acórdão da Apelação n.º 0007646-52.2015.8.26.0223, até o exaurimento da jurisdição ordinária.

Encaminhem-se, com urgência, cópias da presente decisão ao Tribunal *a quo* e ao Juízo de primeira instância.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora