HABEAS CORPUS Nº 479.279 - SP (2018/0304834-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTRO
ADVOGADOS	:	WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO - SP161735 JOÃO FRANCISCO - SP335081
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL ALLEX DA ROSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL ALLEX DA ROSA em face de acórdão que negou provimento à apelação.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 20 diárias de multa, no mínimo legal, pela prática dos delitos previstos nos arts. 273, § 1º e § 1º- B; I, II e III do Código Penal, e no 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao reclamo para reduzir as penas a 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais 12 diárias de multa, no regime semiaberto. Determinou-se, ainda, a expedição de mandado de prisão após o decurso dos prazos para interposição de recursos ordinários.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Requer o impetrante, em síntese, seja garantido ao paciente o direito de aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, ou de iniciar no regime aberto tendo aplicando-se o instituto da detração e ao final substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (fls.231/232).

As informações foram prestadas (fls. 325/343).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa o direito de aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, ou de iniciar no regime aberto tendo aplicando-se o instituto da detração e ao final substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Não se confunde o instituto da prisão preventiva e a execução provisória da condenação penal.

Quanto ao tema ora tratado, sabe-se que a Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e o REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016,

adotou orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJ de 17/5/2016), segundo a qual a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não afronta o constitucional princípio da presunção de inocência.

Frise-se, ainda, que, em 5/10/2016, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, por maioria, reafirmou o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena, **na ausência de recurso com efeito suspensivo**.

Assim, prolatado o juízo condenatório por Tribunal de Apelação e ausentes recursos especial ou extraordinário com casuísticos efeitos suspensivos, é possível a execução provisória da pena, ainda que concedido na sentença o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Ressalte-se, por oportuno, não constar dos autos qualquer informação acerca da pendência de julgamento de eventuais recursos interpostos perante a Corte de origem.

Na hipótese, o *quantum* de pena e o regime prisional foram estabelecidos na sentença aos seguintes termos (fl. 60/61):

> Com estes argumentos, passo a individualizar as penas.
> Para o acusado Rafael Allex da Rosa:
> · Pelo crime previsto no artigo 273, §1º e §1º-B, incisos I, II e III: o acusado é primário e agiu com dolo normal ao delito, que não teve maiores consequências.
> Assim, consideradas as demais circunstâncias expostas no artigo 59 do Código Penal, permanecem as penas no mínimo legal de 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso da lei. Nada a considerar nas demais fases, permanecem as penas tal como fixadas;
> · Pelo crime previsto no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03: o acusado é primário e agiu com dolo normal ao delito, que não teve maiores consequências. Assim, consideradas as circunstâncias elencadas pelo artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa, no piso legal, por não haver circunstâncias aptas a indicar que possa suportar patamar mais elevado. Nada mais havendo a considerar, torno definitivas as penas assim fixadas.
> As penas privativas de liberdade serão aplicadas cumulativamente, em razão de os crimes terem sido cometidos em concurso material, observando-se o sistema do cúmulo material, de acordo com o artigo 69 do Código Penal. Assim, fica a pena única estabelecida em 13 (treze) anos de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.[...]
> Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, fixo, para início do cumprimento, o regime fechado, nos termos do que dispõe o artigo 33, §2º, a,

> do Código Penal.
> Deixo de aplicar a detração prevista no artigo 387, §2º do Código de Processo Penal por considerar o regime fechado o mais adequado aos acusados e à pena imposta nesta sentença, nos termos do artigo 59 e 33, §3º do Código Penal.
> Os réus não poderão apelar em liberdade, posto que necessária a garantia da ordem pública.
> Posto isso, julgo PROCEDENTE a denúncia, para CONDENAR os réus Rafael Allex da Rosa e André Luiz de Matos, como incursos nas penas do artigo 273, §1º e §1º-B, incisos I, II e III e no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03, a cumprirem, em regime inicial fechado, pena privativa de liberdade de 13 (treze) anos de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.[...]

O Tribunal de origem, ao retificar o *quantum* de pena e o regime inicial, asseverou (fls. 221/222):

> [...] Em relação a RAFAEL, realinha-se também a pena pelo crime contra a saúde pública para 5 anos de reclusão, mantendo-se as 10 diárias de multa.
> Todavia, diante da primariedade, ausência de antecedentes (fls.
> 285/287) e de prova segura de que ele se dedicava a atividade ilícita em questão ou de que integrasse organização criminosa, aplica-se o redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, para, diante da enorme quantidade de substâncias ilícitas apreendidas, reduzir a pena no mínimo previsto, ou seja, 1/6, fixando-a em 4 anos, 2 meses e 8 diárias de multa.
> Na sequência, como acima exposto, pela participação de menor importância descrita no § 1º do art. 29 do Código Penal, diminui-se a pena no máximo, ou seja, em 1/3, alcançando 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e 6 diárias de multa.
> Reconhece-se, pelas circunstâncias dos fatos, também cabível a redução acima, pelas mesmas razões, da pena pelo crime de arma que, fixada no mínimo legal, ora resulta em 2 anos de reclusão; e pagamento de 6 diárias de multa.
> Pelo concurso material, a pena de RAFAEL finda em 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais 12 diárias de multa.
> Aos apelantes, em observância ao art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, fixa-se o regime prisional inicial semiaberto.
> Provada a aquisição do veículo do veículo I/BMW 335I VB 71, cor preta, ano 2008, placas DWN 7171, muito anterior aos fatos (fls. 151), e diante do reconhecimento do § 1º do art. 29 do Código Penal, restitui-se o automóvel ao proprietário apelante RAFAEL ALLEX DA ROSA.
> Ante o exposto, rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento aos apelos dos réus, realinhando-se a pena final de ANDRÉ LUIZ DE MATOS a 8 anos de reclusão e 20 diárias de multa, e a de RAFAEL ALLEX DA ROSA a 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais 12 diárias de multa, fixando para ambos o regime prisional inicial semiaberto, e restituindo a RAFAEL ALLEX DA ROSA o veículo I/BMW, placas DWN 7171, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

> Decorridos os prazos dos recursos ordinários, expeçam-se mandado de prisão.[...]

A matéria relativa ao instituto da detração não foi objeto de análise do Tribunal de origem, sequer em sede de embargos, nos seguintes termos (fl. 150):

> Somente ao juiz da execução penal compete avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão de qualquer benefício com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da penal. Não se pode, dessa maneira, vincular à progressão de regime um mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando o mérito do sentenciado e, verdadeiramente, negando vigência ao que estabelece o art.
> 112 da Lei de Execução Penal, que não se encontra revogado.
> Daí que não há nos autos elementos para avaliar os requisitos necessários à eventual progressão de regime, devendo a mesma ser pleiteada e verificada no r.Juízo de Execução Criminal.

Assim, não enfrentada a questão pelo Tribunal *a quo*, esse ponto não poderá ser conhecido por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Por fim, a pena fixada ao paciente não atende o requisito objetido do art. 44, I, do Código Penal, sendo sua pena final, pelo concurso material, fixada em 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator