HABEAS CORPUS Nº 502.564 - SP (2019/0095778-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JENNIFER MOURA MACHADO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JENNIFER MOURA MACHADO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à apelação em acórdão assim ementado (fl. 49):

> Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03) e disparo de arma de fogo (art. 15, "caput", da Lei n° 10.826/03). Provas seguras de autoria e materialidade. Prisão em flagrante. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares e testemunhas. Confissão em Polícia, ademais. Crime único não caracterizado. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Condenação imperiosa. Responsabilização inevitável. Apenamento criterioso, impassível de alterações. Regime adequado. Apelo improvido, com expedição de mandado de prisão.

A paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 20 dias-multa, por ofensa aos arts. 15 e 16, parágrafo único, IV, ambos da Lei 10.826/03.

Busca a impetrante a aplicação do princípio da consunção entre os delitos de disparo de arma de fogo e porte de uso restrito, com numeração suprimida, uma vez que decorrentes de desígnios idênticos, ocorrendo um nexo de dependência entre as condutas.

Requer, em liminar, que a paciente aguarde em liberdade o julgamento definitivo deste *writ*, e, no mérito, o afastamento do concurso material, com a absolvição em relação ao crime do art. 16 da Lei 10.826/03 e readequação do regime prisional imposto.

É o relatório.

DECIDO.

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

Acerca da execução provisória da pena, destaque-se, inicialmente, 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 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.

No entanto, na espécie, consoante informações processuais eletrônicas extraídas do *site* do Tribunal *a quo* em 5/4/2019, expediu-se mandado de intimação à Defensoria Pública estadual do acórdão que negou provimento à apelação em 21/3/2019, com vencimento em 30/4/2019 – Apelação n. 0100757-27.2015.8.26.0050, da 4ª Câmara Criminal do TJSP.

Nesse contexto, resta evidenciado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, porquanto a expedição de mandado de prisão somente poderia ter sido realizada após o o exaurimento da referida instância com o esgotamento dos recursos cabíveis. 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, DJe 13/04/2016).

Ante o exposto, defiro a liminar para garantir à paciente, JENNIFER MOURA MACHADO, o direito de permanecer em liberdade até o julgamento de eventuais recursos interpostos perante o Tribunal de 2º grau, se por outro motivo não estiver presa, ou até o julgamento em definitivo deste *mandamus*.

Solicitem-se informações.

Após, ao Ministério Público Federal, para manifestação.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator