HABEAS CORPUS Nº 516.219 - SP (2019/0174715-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	PATRICIA APARECIDA BAGNATO
ADVOGADO	:	PATRICIA APARECIDA BAGNATO - SP417274
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	HAMILTON VIANA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **HAMILTON VIANA**, no qual aponta como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado, em 18/5/2017, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, com possibilidade de recorrer em liberdade (fls. 389-403).

Interposta apelação pelo Ministério Público Estadual, o eg. Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, exasperando a pena para 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, nos termos do v. acórdão de fls. 510-518 assim ementado:

> *"Apelação da Justiça Pública - Tentativa de roubo com o emprego de arma e em concurso de agentes - Réus presos em flagrante em poder de arma de fogo apta ao disparo - Confissão dos acusados em Juízo - Penas-base impostas no mínimo legal - Exasperação - Impossibilidade - Conduta que não superou a reprovabilidade normal ao delito - Redução em menor patamar ante o reconhecimento da tentativa - Patamar de 1/3 mais adequado ao "iter criminis" percorrido - Réus que perseguiram a vítima e a ameaçaram com uma arma de fogo, estando muito próximos à consumação do delito - Fixação do regime prisional fechado - Crime praticado com grave ameaça à pessoa - Reincidência específica do acusado Hamilton a obstar a fixação de regime inicial mais brando -* ***Decorrido o prazo para eventual oposição de Embargos de Declaração ou Embargos Infringentes, expeça-se mandado de prisão*** *- Recurso de apelação parcialmente provido, com determinação."* (grifei)

No presente **writ**, a Defesa alega, em síntese, que a determinação de execução provisória da pena imposta ao paciente configura constrangimento ilegal.

Sustenta que *"a condenação é incoerente com o disposto no Código Penal, haja vista Todos os julgadores que atuaram na presente ação penal ignoraram, solenemente e de forma cristalina, o artigo 387, § 2º do Código Penal, que assim determina: (...). O texto da lei é claro, não deixando margem para dúvidas já que, no momento de fixar o regime inicial o juiz tem que levar em conta o tempo de pena já cumprida. De se notar que o juiz não está desobrigado de fixar a pena total"* (fls. 9-10).

Aduz que, *"mesmo considerando que o Recurso Especial interposto pelo paciente não seja acolhido , ou dele seja negado , e a pena reste mantida na forma como restou fixada no acórdão, o paciente quando da prisão preventiva já cumpriu mais de 1/6 da pena, o que certamente lhe retira do Regime Fechado e o transfere para regime diverso, semi-aberto ou até mesmo aberto para seu inicio de cumprimento"* (fl. 10).

Ao final, requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, a fim de assegurar ao paciente o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação.

É o relatório.

Decido.

Verifica-se, **ao menos neste juízo de prelibação**, que foi determinado o cumprimento provisório da pena imposta ao paciente com base no **entendimento firmado pelo col. Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do **ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral**, no qual foi reafirmada a jurisprudência daquela col. Corte, no sentido 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 n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 25/11/2016).

Esta Corte Superior de Justiça encampou o mesmo entendimento, **verbis**:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO PELO TRIBUNAL A QUO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O entendimento desta Corte é no sentido de que não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil - CPC e art. 3º do Código de Processo Penal - CPP, os quais autorizam o relator negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado, deficientemente fundamentado, em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, como é o caso dos autos. Por outro lado, o julgamento do agravo regimental permite que a decisão atacada seja apreciada no órgão colegiado.*
>
> *2. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário, assim como o recurso especial, desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, pela Suprema Corte no exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 , em 5/10/2016.*
>
> *3. O Superior Tribunal de Justiça também adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento, pela Sexta Turma, dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no HC 378.960/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 25/05/2017).

E, como narrada pela Defesa, contra o v. aresto ora combatido foi interposto o devido recurso especial (fl. 4), que encontra-se em trâmite na eg. Corte local.

Assim, esgotadas as instâncias ordinárias, o que se verifica na hipótese, não há óbice ao cumprimento provisório da pena privativa de liberdade. Ilustrativamente:

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXAURIDAS. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *I - O Supremo Tribunal Federal, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, 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' (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).*
>
> *II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.*
>
> *III - **Na hipótese, não estão exauridas as vias recursais ordinárias, tendo-se em vista que houve a oposição de embargos declaratórios pela defesa, pendentes de julgamento, fato que impede, por enquanto, a aplicação do precedente fixado pelo col. Pretório Excelso.***
>
> *Ordem concedida para determinar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias."* (HC 428.816/MG, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJe 21/03/2018, grifei)

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELA CORTE ESTADUAL. DETERMINAÇÃO DE INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENDÊNCIA DE EXAME DOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS CONTRA O ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO APELO DEFENSIVO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA.*
>
> *1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza*

extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44.

2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.

3. ***Na espécie, de acordo com as informações prestadas pelo Tribunal de origem, ainda estão pendentes de julgamento os embargos infringentes opostos contra o acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, o que impede a execução provisória das sanções impostas aos pacientes, à luz do que foi decidido pela Corte Suprema. Precedente do STJ.***

4. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, suspender a execução provisória das penas impostas aos pacientes até o esgotamento da jurisdição ordinária." (HC 424.949/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 06/04/2018, grifei)

Diante do exposto, não comprovadas **primo ictu oculi** quaisquer ilegalidades, **indefiro o pedido liminar**.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade apontada como coatora e ao d. Juízo de 1º grau.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. I.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro **Felix Fischer**

Ministro