HABEAS CORPUS Nº 516.298 - SP (2019/0175233-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	JULIAN PAVAN E OUTRO
ADVOGADOS	:	JULIAN PAVAN - SP401673 ALDEMIR PEREIRA DE CARVALHO JUNIOR - SP391218
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCOS FRANCISCO PEREIRA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

MARCOS FRANCISCO PEREIRA alega sofrer coação ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000517-56.2018.8.26.0072.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, § 4º, da Lei de Drogas. Ao julgar a apelação defensiva, a Corte local negou provimento ao recurso e determinou a execução provisória da condenação.

Nas razões deste *mandamus*, a defesa sustenta a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, haja vista que não estão presentes os requisitos para a custódia preventiva. Destaca, ainda, a ausência de fundamentos para a fixação do modo mais gravoso para cumprimento da sanção.

Requer, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente e a fixação do modo menos gravoso para cumprimento da reprimenda.

Decido.

Ab initio, destaco que o pretendido abrandamento do regime confunde-se com o próprio mérito do *writ*, em evidente caráter satisfativo, de modo que a caracterização do aventado constrangimento ilegal deve ser analisado mais detalhadamente na oportunidade do seu julgamento definitivo.

Acerca da determinação de execução imediata, a matéria foi

objeto de novo exame pela Corte Suprema, em 5/10/2016, **nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44**, ocasião em que o Plenário, ao indeferir a tutela cautelar, **conferiu interpretação conforme ao art. 283 do Código de Processo Penal** ("Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva") para assentar que **encontra guarida no texto constitucional o início da execução da pena após prolação de acórdão condenatório**.

Tal entendimento foi reafirmado no julgamento, em 10/11/2016, do **ARE n. 964.246/SP, examinado sob a sistemática da repercussão geral**, instituto inserido no contexto da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, dado que a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, consoante disposto nos arts. 1.039, *caput* e parágrafo único, e 1.040, I, II e II, ambos do Código de Processo Civil, **de maneira a conferir eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em recurso extraordinário**. Todavia, esta Corte Superior de Justiça somente admite a execução imediata da pena nos termos acima explicitados após o exaurimento da jurisdição ordinária.

Nesse sentido:

> [...]
> 1. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.243, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.
> 2. Na hipótese em que foi permitido à ré recorrer em liberdade, soa desarrazoado que a expedição de mandado de prisão ocorra de forma automática, tão logo seja prolatado ou confirmado o acórdão condenatório, ainda passível de integração pelo Tribunal de Justiça.
> 3. Ordem concedida para, confirmada a liminar, assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade **o esgotamento da jurisdição ordinária**.
> (**HC n. 366.907/PR**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 16/12/2016, destaquei).

> [...]
> 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 ADCs 43 e 44.
> 2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, esse Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de *reformatio in pejus* e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, 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 extrato de movimentação processual obtido na página eletrônica do Tribunal de origem, ainda estão pendentes de julgamento embargos infringentes e de nulidade opostos contra o acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, o que impede a execução provisória da sanção imposta ao paciente, à luz do que decidido pela Corte Suprema. Precedente do STJ.
> 4. Ordem concedida para suspender a execução provisória da pena imposta ao paciente **até o esgotamento da jurisdição ordinária**.
> (**HC n. 366.694/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 14/2/2017, destaquei)

Na hipótese, **o Tribunal determinou a expedição de mandado de prisão sem a devida ressalva quanto ao exaurimento daquela instância**, o que difere do entendimento acima explicitado.

À vista do exposto, **defiro a liminar**, em parte, apenas para **suspender os efeitos do acórdão impugnado**, notadamente na **parte em que determina a expedição de mandado de prisão**, com fim de execução imediata da pena imposta, de modo que **o paciente deverá permanecer em liberdade** até o julgamento final deste *writ* ou até o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, o que ocorrer primeiro, se por outro motivo não houver necessidade de ser preso.

Comunique-se, com urgência ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de origem, solicitando-lhes informações, especialmente sobre eventual oposição de embargos declaratórios.

Em seguida, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**