HABEAS CORPUS Nº 512.280 - SP (2019/0151025-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JOYCE SANTOS DE OLIVEIRA PALMA RESENDE - SP275703
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDRÉ LUIS SOARES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRÉ LUIS SOARES, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (fls. 21-31).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito do art. 28, *caput*, da Lei de Tóxicos, à pena de prestação de serviços à comunidade por 10 meses.

Irresignado, o *Parquet* Estadual interpôs recurso de apelação, que foi provido pelo Tribunal local, para condenar o paciente às penas de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 800 dias-multa, determinando, de imediato, a expedição de mandado de prisão para dar-se início à execução provisória da pena.

Daí o presente *writ*, em que a Impetrante sustenta, em síntese, que não se pode determinar a execução provisória da condenação antes do trânsito em julgado da condenação, ainda mais quando nem mesmo a defesa foi intimada do acórdão condenatório.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para expedir-se contramandado de prisão ou alvará de soltura, se for o caso, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A liminar foi deferida (fls. 46-48).

As informações foram prestadas (fls. 54-57 e 65-94).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão do *habeas corpus* (fls. 60-63).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que não se pode executar provisoriamente a condenação, antes que ocorra o seu trânsito em julgado, requerendo a expedição de contramandado de prisão ou alvará de soltura em favor do paciente.

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.

Na espécie, consoante informações processuais eletrônicas extraídas do sítio do próprio acórdão na *internet*, em 14/6/2019, a defesa opôs embargos de declaração nos autos da Apelação nº 0002787-69.2018.8.26.0196 na data de 8/5/2019, não havendo informações acerca do esgotamento da via recursal ordinária.

Nesse contexto, resta evidenciado o constrangimento ilegal apontado pela defesa, porquanto a expedição de mandado de prisão somente poderia ter sido realizada após o exaurimento da referida instância, ou seja, 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, concedo o *habeas corpus*, confirmando a medida liminar anteriormente deferida, para garantir ao paciente ANDRÉ LUIS SOARES 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 preso.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator