

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 530.375 - SP (2019/0258905-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES
ADVOGADO : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MIKAEL SOUZA ROCHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VIOLAÇÃO DO ART. 387, § 1.º, DO CPP. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NÃO ESGOTADAS. POSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NO CASO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TESE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS E DE ILEGALIDADE DO REGIME INICIAL APLICADO. NOVOS FUNDAMENTOS APRESENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PELA PARTE IMPETRANTE. PREJUDICIALIDADE. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NO MAIS, CONCEDIDA A ORDEM.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MIKAEL SOUZA ROCHA contra **decisão indeferitória de provimento urgente** proferida pelo Desembargador Relator no HC n.º 2187417-04.2019.8.26.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente – **preso em flagrante delito em 1.º/03/2017, com 66,65 gramas de maconha** – foi condenado "*às penas do art. 33, caput, LD, que fixo em 05 anos de reclusão, 500 dias multa, a ser cumprida a pena corporal no regime inicialmente fechado*" (fl. 49). O Magistrado foi omissos quanto ao reconhecimento, ou não, do direito do Sentenciado de recorrer em liberdade.

Inconformada, a Defesa impetrou *habeas corpus*, o qual teve a liminar indeferida pelo Desembargador Relator (fl. 18).

Superior Tribunal de Justiça

Neste *writ*, o Impetrante alega, em suma: a) a necessidade de se afastar o entendimento sedimentado no enunciado da Súmula n.º 691 do Supremo Tribunal Federal, pois se verifica, no caso, flagrante ilegalidade; b) que o Magistrado sentenciante não se manifestou a respeito do direito do Paciente de recorrer em liberdade; c) a suficiência das medidas cautelares alternativas; d) que o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 no patamar máximo; e) a ilegalidade da fixação do regime prisional.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento do direito do Paciente de recorrer em liberdade.

O pedido liminar foi **deferido** para "*permitir que o Paciente aguarde em liberdade o julgamento do mérito*" (fl. 69).

As informações foram prestadas (fls. 75-92; 95-105 e 108-109).

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 112-119, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, cumpre salientar que o Magistrado não se manifestou a respeito do direito do Paciente de recorrer em liberdade, de modo que a sentença violou a previsão do art. 387, § 1.º, do Código Penal.

Todavia, o Juízo de piso informou que, no dia 26/09/2019, foi desprovido o recurso de apelação interposto contra a sentença ora analisada, sendo consignado que "*[a] partir da prolação deste acórdão (que se fosse absolutório importaria pronta cessação da prisão nos termos do artigo 386, § único, inciso I, do Código de Processo Penal) a prisão decorre do cumprimento do próprio julgado, haja vista o esgotamento das vias impugnativas ordinárias*".

No que tange à determinação de imediato cumprimento da pena, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria 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*

Superior Tribunal de Justiça

5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Mostra-se devida a imposição do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, do Código Penal quando verificado que o agravante teve a pena-base estabelecida acima do mínimo legal.

2. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal).

3. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias - como no caso -, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, 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.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1.058.790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018; sem grifos no original.)

Porém, no caso, há possibilidade de oposição de embargos de declaração, assim, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente, enquanto a jurisdição ordinária não se encontrar encerrada.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. REGIME

Superior Tribunal de Justiça

SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. *Esta Corte realmente possui entendimento consolidado no sentido de que a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal quando ocorre antes do esgotamento da jurisdição ordinária, o qual inclui a conclusão dos embargos de declaração, que no caso ainda se encontra pendente de julgamento, conforme consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Embargos de Declaração n. 0083494-45.2016.8.26.0050). Por conseguinte, deve ser mantida a liminar, sendo somente possível a execução provisória da pena após a conclusão do julgamento dos embargos.*

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, suspender a execução provisória da pena até o encerramento da jurisdição do Tribunal a quo, com a conclusão do julgamento dos embargos de declaração, bem como para fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo pena em regime mais severo." (HC 434.983/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018, sem grifos no original.)

No que se refere à tese de que o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 no patamar máximo, verifica-se que o Tribunal de origem, ao desprover o recurso de apelação, valeu-se de novos fundamentos não utilizados na sentença, ao destacar que o Paciente, "*segundo a prova testemunhal há meses passava o dia em ponto de venda de drogas, o que assegura sua dedicação à atividade criminosa*".

Portanto, há novo título a respaldar a inexistência do direito ao reconhecimento da referida minorante, porque as razões anteriormente consignadas para não aplicar o tráfico privilegiado, idôneas ou não, foram complementadas pelo superveniente fundamento, que ainda não foi objeto de impugnação pela Parte Impetrante.

Do mesmo modo, constata-se a alteração de fundamentos no que se refere à imposição do regime prisional, porquanto a Corte local, ao julgar o recurso de apelação, destacou que "*a gravidade concreta do crime praticado (considerando que o comércio era exercido diuturnamente conforme os depoimentos coligidos em praça pública e durante o dia, inclusive) e a personalidade do acusado (que ao mentir sobre os fatos*

Superior Tribunal de Justiça

abalou o grau de confiabilidade nela depositada, e revelou-se despreparado para ingressar em regime prisional lastreado na confiança), não recomendam regime prisional mais brando" – motivos que também não foram objeto de impugnação pela Parte Impetrante.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO EM PARTE o *habeas corpus* e, no mais, CONCEDO a ordem, tão somente para determinar que a expedição de mandado de prisão somente ocorra após o efetivo exaurimento da instância ordinária, com o julgamento de eventuais embargos de declaração a serem opostos pelo Paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora

