

HABEAS CORPUS Nº 535.158 - SP (2019/0285726-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : WAGNER DE CARVALHO MENDES
ADVOGADO : WAGNER DE CARVALHO MENDES - SP348502
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : D P
PACIENTE : W R
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de D P e W R contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, manteve a condenação dos ora pacientes, determinando a execução provisória da pena tão logo esgotados dos recursos ordinários.

Nesta via, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que, consoante princípio da presunção de inocência, não seria possível a execução provisória da pena dos acusados.

Diante disso, requer a concessão da ordem para que seja garantido aos pacientes o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Liminar indeferida.

Informações prestadas às e-STJ fls. 134-171.

O Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

Dos elementos carreados aos autos, verifica-se que os ora pacientes foram condenados em primeiro grau de jurisdição, cada um, ao cumprimento de 14 (catorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incursos no art. 217-A, *caput*, c/c o art. 226, inciso II, na forma do art. 71, por duas vezes, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apresentou recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que, negando provimento ao apelo defensivo, manteve a condenação nos exatos termos da sentença e, ainda, determinou a execução provisória da pena, após "*esgotado o prazo para apresentação de eventuais embargos*" (e-STJ fl. 39).

Apresentados embargos de declaração, foram rejeitados.

Pois bem

Delineado o contexto fático-processual, insta consignar, por oportuno, que o início cumprimento da reprimenda imposta aos ora pacientes foi determinado pelo Tribunal de origem em sede de apelação, com fulcro, exclusivamente, no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP.

Contudo, em 7/11/2019, o Pretório Excelso, julgando definitivamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, firmando nova orientação, *erga omnes* e com efeito vinculante (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999), no sentido de que a execução da pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação.

Superior Tribunal de Justiça

E, aqui, conforme afirmado alhures, observa-se que a execução provisória da pena teve início, apenas, em virtude da confirmação da sentença em segundo grau. Ademais, em consulta realizada no endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação, constando recurso especial pendente de apreciação.

Em caso similar, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão monocrática, demonstra já estar ajustando seu entendimento ao novo norte indicado pela Suprema Corte:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO MAIS ATUAL DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...]

De fato, em julgamento realizado no dia 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, n. 44 e n. 54, por maioria, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Em face do exposto, concedo liminarmente a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, salvo prisão por outro motivo, podendo o Magistrado singular, desde que existam elementos concretos para tanto, decretar a prisão preventiva, fundamentadamente"

(HABEAS CORPUS Nº 545.272 - PR (2019/0339094-4), Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 12/11/2019).

Na mesma esteira, colhem-se as decisões proferidas no REsp n. 1.843.197/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 546.090/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 18/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 545.829/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; e HC n. 545.648/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

Tais fatos evidenciam, agora, a ilegalidade da decisão ora impugnada, passível de ser sanada, ainda que de ofício, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **concede-se a ordem** para revogar a prisão preventiva dos ora pacientes, a fim de lhes garantir o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, salvo prisão por outro motivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator