

HABEAS CORPUS Nº 545.126 - SP (2019/0338168-0)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : FABIO ROGERIO DONADON COSTA
ADVOGADO : FABIO ROGERIO DONADON COSTA - SP0338153
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEOMAR FENSKE (PRESO)
PACIENTE : ELEMAR ZICTOR FENSKE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de pedido liminar deduzido em **habeas corpus**, impetrado em favor de LEOMAR FENSKE e ELEMAR ZICTOR FENSKE, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, no julgamento da Apelação n. 002465-16.2012.8.26.0081.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados "*por infração ao art. 1º, II e IV, da Lei nº 8.137/90, na forma do art. 71, caput, do Código Penal, por onze vezes, aplicadas a Leomar as penas de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 160 dias-multa e, a Elemar, de 03 anos e 11 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 88 dias-multa, concedido a ambos o apelo em liberdade, pois nessa situação se encontravam*" (fl. 135).

A defesa interpôs recurso de apelação que em "*30 de janeiro de 2018, por votação unânime, afastadas as preliminares arguidas, no mérito, deu parcial provimento ao recurso para fixar as sanções em 04 anos e 02 meses de reclusão e 132 dias-multa para Leomar e 03 anos e 09 meses de reclusão e 88 dias-multa para Elemar, mantido o regime inicial semiaberto, determinando a expedição imediata de mandados de prisão consoante o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 126.292/SP*" (fl. 135).

Sustenta o impetrante a ilegalidade do v. acórdão impugnado quanto à determinação da imediata execução provisória da reprimenda privativa de liberdade

pelos sentenciados antes do trânsito em julgado da condenação.

Alega que está pendente de julgamento o agravo em recurso especial, sendo devida a soltura dos pacientes, nos termos do recente entendimento firmado pelo STF no sentido do não cabimento da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença.

Requer a concessão da liminar para que seja determinada a suspensão da execução provisória da pena, garantindo-se aos pacientes o direito de aguardarem em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

É o relatório. **Decido.**

Na linha da jurisprudência até então firmada no âmbito desta Corte, a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de configurar-se antecipação de pena ou execução provisória, inadmitida, até então, pela Suprema Corte, com base no **HC n. 84.078/MG**, da relatoria do em. Ministro **Eros Grau**.

Nesse sentido: AgRg no RHC 47.220/MG, **5ª Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC 36.642/RJ, **6ª Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC 296.276/MG, **5ª Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC 48.014/MG, **6ª Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014; **v.g.**

Entretanto, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do e. Min. **Teori Zavascki**, e decidiu pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação, em v. acórdão publicado em **17/05/2016**. Em outras palavras, estaria autorizada a execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância.

Superior Tribunal de Justiça

Tal entendimento, cumpre frisar, foi alterado pela Suprema Corte, em **07/11/2019**, no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

Naquele julgamento, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento jurisprudencial e **concluiu que a prisão para execução da pena somente é possível após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, com o esgotamento de todos os recursos cabíveis.**

Portanto, a prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis só poderá ocorrer por decisão individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

No caso dos autos **verifico que a ação penal ainda não transitou em julgado**, portanto, de acordo com o novo entendimento definido pelo Supremo Tribunal sobre a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para o início da execução da pena, ressalvadas a hipótese de prisão cautelar e a determinação da custódia com essa natureza, condições e efeitos, **concedo a liminar** para garantir o direito aos pacientes de aguardarem em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiverem presos.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade apontada como coatora.

Após, vista ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator