HABEAS CORPUS Nº 528.129 - RJ (2019/0245984-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE	:	LUIZ CARLOS DA SILVA NETO
ADVOGADO	:	LUIZ CARLOS DA SILVA NETO - RJ071111
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	JOSÉ CABRAL DURÉ
PACIENTE	:	DERIVALDO CABRAL DURE
ADVOGADO	:	HUARLA VEIGA SANTANA - DF035073
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado em favor de JOSÉ CABRAL DURE e DERIVALDO CABRAL DURE contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, nos autos da apelação criminal n. 0079270-56.2009.8.19.0001.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, como incursos nas iras dos arts. 288, **caput**; 171, **caput** (doze vezes), na forma do art. 71, todos do Código Penal; e 50, parágrafo único, I e II, da Lei n. 6.766/1973 (três vezes), na forma do art. 71 do Código Penal, às penas de **19 (dezenove) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa** (fls. 114-252).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, a fim de redimensionar a reprimenda em **11 (onze) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, mais o pagamento de 308 (trezentos e oito) dias multa e 42 (quarenta e dois) salários mínimos**, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 63-71.

Opostos aclaratórios, foram acolhidos com efeitos infringentes, a fim de "*DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

EMBARGANTES EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, EM SUA MODALIDADE RETROATIVA, COM FUCLRO NOS ARTIGOS 107, INCISO IV C/C 109, INCISO IV C/C 110, §2º, TODOS DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.234/10, NO TOCANTE AO CRIME DE ESTELIONATO DATADO DE 22 DE NOVEMBRO DE 2001, EM FACE DOS LESADOS ALESSANDRA CINTRA E VANDER HYGINO, E O CRIME DE PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO URBANO COMETIDO EM 14 DE FEVEREIRO DE 2011, EM RELAÇÃO AO IMÓVEL SITO À ESTRADA DO SACARRÃO, REDIMENSIONANDO-SE AS PENAS" (fl. 47).

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o Tribunal local decretou *"A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES UNICAMENTE EM VIRTUDE DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA, ESTANDO PENDENTE JULGAMENTO DOS APELOS EXTREMOS, E AINDA, NÃO TER DECLARADO EXTINTA A PUNIBILIDADE EM VIRTUDE DA EVIDENTE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE RETROATIVA"* (fl. 6).

Afirma não ser possível a execução provisória da pena, tendo em vista o princípio da presunção de inocência.

Pondera que, na pendência de apreciação de recurso especial ou extraordinário, a constrição cautelar só é possível se estiverem presentes os requisitos do art. 312 do CPP, situação que não se verifica na espécie.

Defende que *"AOS PACIENTES NÃO SE APLICAM AS MODIFICAÇÕES DA LEI nº 12.234, DE 05 DE MAIO DE 2010, a qual impede o reconhecimento da prescrição retroativa dentro do período compreendido entre o recebimento da denúncia e a consumação do fato, posto tratar-se de Lei mais gravosa, DESTACANDO DESDE JÁ QUE OS FATOS OCORRERAM SOB O IMPÉRIO DA LEI VELHA, MAIS BENÉFICA, aplicando-se ao caso em tela os comandos legais do Artigo 2º, Parágrafo Único do Código Penal, e Artigo 5º, inciso, XL da Constituição da República*" (fl. 16).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

Nessa senda, aponta ser possível a contagem do lapso prescricional retroativo entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Aduz que o magistrado de piso, ao dosar a reprimenda dos delitos de estelionato e de parcelamento irregular do solo, não dosou a reprimenda de cada crime; mas, apenas, fez um só cálculo e, posteriormente, aplicou a regra da continuidade delitiva para cada espécie de crime.

Obtempera que *"tanto a sentença monocrática exarada em Primeira Instância (doc. 07 anexo), quanto o Acórdão (doc. 03 anexo), reconheceram o cúmulo material no que tange aos crimes de quadrilha, estelionato e o tipo previsto na Lei nº 6766/79. Todavia, ao considerá-los isoladamente, terceira fase de aplicação da pena, computou-se a causa de aumento prevista no artigo 71 do CP (continuidade delitiva), aumentando a reprimenda nos crimes de estelionato e no tipo previsto na Lei 6766/79, SEM QUE SE LEVASSE EM CONTA A INDIVIDUALIZAÇÃO DE CADA CRIME ISOLADAMENTE, NÃO SENDO ESTABELECIDA A REPRIMENDA PARA CADA UM DOS DELITOS DE PER SI"* (fl. 30).

Argumenta que, *"diante da condenação onde não se individualizou a pena de cada um dos crimes praticados em continuidade delitiva, considerando o preceito do Artigo 119, do Código Penal o qual estabelece que no caso de concurso de crimes, a extinção de punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, ISOLADAMENTE e ainda, considerando o verbete da Súmula 497 do E. STF o qual institui que a prescrição, quando se tratar de crime continuado regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação"* (fls. 30-31).

Assere ser *"os pacientes são primários, conforme se verifica na r. sentença monocrática, bem como no V. Acórdão, não incidindo, portanto, o aumento de um terço aos prazos prescricionais em razão da reincidência, previsto no artigo 110, caput, do CP"* (fl. 41).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reconhecida a prescrição retroativa da pretensão punitiva e, por conseguinte, o recolhimento

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

dos mandados de prisão.

A liminar foi **indeferida** (fls. 344-358).

Pedido de reconsideração indeferido (fls. 398-400).

Às fls. 407-430, o paciente José Cabral Dure interpõe pedido de aditamento objetivo das razões do recurso especial.

Às fls. 434-435, os pacientes requerem alvará de soltura, tendo em vista o julgado pelo STF das ADCs ns. 43, 44 e 54.

Informações prestadas às fls. 453-463.

O Ministério Público Federal, às fls. 445-452, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer sem ementada.

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva e, por conseguinte, o recolhimento dos mandados de prisão.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

"Rejeita-se ainda, a extinção da pretensão punitiva, tratada

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

corretamente pelo juízo (doc. 910) ao apreciar a pena abstratamente cominada aplicável, permanecendo hígidos os fundamentos que a nortearam diante da fixação da pena em concreto.

[...]

José Cabral Duré e Derivaldo Cabral Duré

Não se infere elementos nos autos que evidenciem cálculo diferenciando para estes réus. Mantidas as considerações tecidas pelo juízo, fixa-se a pena atinente ao crime de ***quadrilha em 02 anos e 06 meses de reclusão*** *e ausente outras causas de aumento ou diminuição, persiste neste quantitativo.*

No que pertine aos estelionatos praticados*, fixa-se a reprimenda base, em* ***03 anos de reclusão e 185 DM****, mantidas as condições determinadas pelo juízo, que majoradas de 2/3 pela continuidade delitiva, logra a pena final, 05 anos de reclusão e 308 DM.*

Quanto ao parcelamento*, a pena-base é fixada em* ***03 anos de reclusão e 35 salários mínimos****. Foram três os resultados decorrentes deste atuar, entendendo-se devam ser majoradas em 1/5, em lugar dos 2/3 fixados pelo juízo – mesma fração aplicada aos demais réus - alcançando, 03 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão e 42 salários mínimos.*

Considerando-se o cúmulo material, somam-se as reprimendas, totalizando-as em ***11 anos, 01 mês e 06 dias de reclusão, 308 DM e 42 salários mínimos****.*

[...]

O Código Penal dispõe em seu artigo 119, que "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

Outrossim, a súmula 497 do Pretório Excelso assevera que "quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação".

Nesta toada, imperioso aferir-se a ocorrência do fenômeno prescricional tendo como base a pena infligida, decotado o aumento decorrente da continuidade delitiva*.*

No Acórdão que reduziu a sanção aflitiva dos acusados, as penas, sem o aumento decorrente da continuidade delitiva, foram fixadas em 3 anos de reclusão para os delitos de estelionato e parcelamento irregular do solo urbano em relação aos acusados José Duré e Derivaldo Duré, 2 anos e 6 meses de reclusão para os delitos de estelionato e 3 anos para os de parcelamento irregular do solo urbano em relação aos acusados Marco Aurélio e Ana Cristina e 2 anos e 6 meses de reclusão para os delitos de estelionato e 3 anos e 6 meses para os de parcelamento irregular do solo urbano em relação ao acusado Rodrigo Pires.

Constata-se, pois, à luz do disposto no artigo 109, inciso IV, do Código Penal, que o prazo prescricional para cada delito é de 8 anos*.*

Outrossim, imperioso consignar-se que os crimes imputados foram praticados anteriormente à vigência da Lei nº 12.234/10 que, além de

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

alterar o prazo prescricional previsto no artigo 109, inciso VI, revogou o §2º do artigo 110, que dispunha que a "a prescrição, de trata o parágrafo anterior, pode ter como termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa".

Por tratar-se a alteração legislativa de "novatio legis in pejus" deve incidir no caso em apreço a normatividade revogada, por ser mais benéfica aos acusados.

No tocante ao crime de formação de quadrilha, tratando-se de crime permanente, não há de contar-se o prazo prescricional do primeiro crime perpetrado, mas, sim, do último cometido pela sucia. Destarte, resta inequívoco a não ocorrência da prescrição, porquanto entre o último crime cometido e o recebimento da denúncia e entre esta decisão e a sentença não transcorreu o interregno temporal de 8 anos.

Observado os termos da denúncia, ***forçoso concluir que o delito de estelionato cometido em 22 de novembro de 2001****, em face dos lesados Alessandra Cintra e Vander Hygino, e o crime de parcelamento irregular de solo urbano cometido em* ***14 de fevereiro de 2001****, em relação ao imóvel sito à Estrada do Sacarrão, prescreveram, porquanto ultrapassado o prazo de 8 anos entre seu cometimento e o recebimento da denúncia, primeiro marco interruptivo do fenômeno prescricional, que ocorreu em 04.02.2010.*

A "contrario sensu" os demais delitos não foram albergados pelo manto da prescrição, bastando simples cálculo matemático para se concluir que entre a data dos crimes e aquele marco interruptivo não transcorreu o período de 8 anos.

De igual sorte, não transcorreu entre a data do recebimento da prefacial acusatória (04.02.2010) e a sentença penal condenatória (20.05.2015) e entre esta e o Acórdão que manteve a condenação (05.10.2016) o interregno temporal de 8 anos, não ocorrendo, pois, a prescrição aventada.

Nesta toada, considerando que outros 11 delitos de estelionato foram praticados em continuidade delitiva, a extinção da punibilidade do crime mencionado alhures não ocasiona alteração na pena imposta.

Entretanto, o mesmo não ocorre com o crime de parcelamento irregular de solo urbano, porquanto, afastada a incidência de um crime, a fração de aumento decorrente da continuidade delitiva a incidir no caso em comento será de 1/6, haja vista a permanência de 2 crimes desta espécie.

[...]

Desta forma, ficam as penas do crime em comento redimensionada nos seguintes termos:

JOSÉ DURÉ e DERIVALDO DURÉ

Consoante as razões expostas no Acordão acostado ao indexador 04068, que ora se deixa de replicar para evitar desnecessária repetição, fixa-se a pena-base em 3 anos de reclusão e 35 salários mínimos. Ausentes agravantes ou atenuantes, assim como causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Considerando-se tratar-se de 2 delitos em continuidade delitiva, majora-se a pena em 1/6, alcançando a reprimenda o patamar de 3 anos e 6 meses de reclusão e 40 salários mínimos.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

Mantida as penas pelos crimes de formação de quadrilha e estelionato ficam as penas de ambos os réus totalizadas em 11 anos de reclusão, 279 dias-multa, no valor mínio legal, e 40 salários mínimos, por força do concurso material existente entre as condutas criminosas" (fls. 55-58 e 67-70, grifei).

Com efeito, *"no art. 110, § § 1.º e 2.º, do Código Penal (redação anterior à Lei n. 12.234/2010), vigente ao tempo do cometimento das práticas delitivas, está previsto que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena aplicada, podendo ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa"* (HC n. 478.748/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares Da Fonseca**DJe 04/10/2019).

A par disso, observa-se que o Tribunal de Justiça fluminense aplicou o referido entendimento, tanto é que reconheceu a prescrição do estelionato praticado em 22/11/2001 e do delito de parcelamento irregular do solo datado de 14/2/2001. Isso porque, ao se contar 8 (oito) anos, de forma retroativa, a partir do recebimento da denúncia – 4/2/2010 -, **o lapso prescricional só alcançaria os delitos praticados antes de 4/2/2002**. Nesse contexto, ao analisar os crimes descritos nas exordial acusatória (fls. 99-112), **todos eles foram praticados depois de 4/2/2002**, menos os acima apontados, os quais foram devidamente declarados prescritos pelo Tribunal de origem.

Em relação à execução provisória, a orientação que vinha sendo aplicada nesta Corte até recentemente, com base no entendimento então sufragado pelo Plenário do **Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, em v. acórdão publicado em **17/5/2016**, de relatoria do e. Min. **Teori Zavascki**, era pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação, porque não constatado prejuízo ao princípio da não culpabilidade. Em outras palavras, estaria autorizada a execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância.

Vejamos a ementa do aresto:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

> *"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.*
>
> ***1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.***
>
> *2. Habeas corpus denegado."*

Tal tese foi novamente asseverada por ocasião do indeferimento das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44/STF, e já vinha sendo amplamente aplicado por esta Corte Superior de Justiça, consoante se infere dos seguintes precedentes, neste mesmo sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.*
>
> ***1. Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.***
>
> *2. Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado"* (EDcl no HC 348.612/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 16/6/2016).

> *"RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXIBIÇÃO DE FOTOGRAFIA AOS JURADOS. AUSÊNCIA DE JUNTADA COM PRÉVIA ANTECEDÊNCIA DE TRÊS DIAS ÚTEIS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. IMAGEM NÃO RELACIONADA AOS FATOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SILÊNCIO DO RÉU. AFIRMAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO NA REDAÇÃO DE*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

> *QUESITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. [...]*
>
> ***7. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, no julgamento do HC n. 126.292/SP, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação do acórdão condenatório.***
>
> ***8. Diante do esgotamento das vias ordinárias, seria possível até já se determinar a execução provisória da pena, motivo pelo qual não se constata ilegalidade na manutenção da prisão do recorrente.***
>
> *9. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, não provido"* (REsp n. 1.492.529/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 17/6/2016).

Tal entendimento, ainda, foi confirmado por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, no qual o Plenário reafirmou a jurisprudência do **Pretório Excelso** 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 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"* (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 25/11/16).

No entanto, o próprio **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento por ocasião do julgamento das **Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54**, realizado em 07/11/2019, as quais **foram julgadas procedentes para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal**, segundo o qual "*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*" (grifei).

Dessarte, **consoante novo entendimento firmado em sede de**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

controle concentrado de constitucionalidade, o qual possui efeito vinculante e eficácia contra todos, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, **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 e fundamentada com a demonstração da existência dos requisitos legais para a imposição da prisão temporária ou prisão preventiva.

Na hipótese, verifica-se que os ora pacientes foram condenados, em primeira instância, como incursos nas iras dos arts. 288, **caput**; 171, **caput** (doze vezes), na forma do art. 71, todos do Código Penal; e 50, parágrafo único, I e II, da Lei n. 6.766/1973 (três vezes), na forma do art. 71 do Código Penal, às penas de **19 (dezenove) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa,** sendo **concedido o direito de recorrer em liberdade, in verbis:**

"Concedo aos condenados o direito de recorrerem em liberdade da presente decisão, eis que estiveram em liberdade durante toda a persecução criminal e encontram-se ausentes os requisitos ensejadores da constrição pessoal cautelar" (fl. 252).

O eg. Tribunal de origem, em **6/10/2016**, deu parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de redimensionar a reprimenda em **11 (onze) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão, mais o pagamento de 308 (trezentos e oito) dias multa e 42 (quarenta e dois) salários mínimos.**

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram acolhidos com efeitos infringentes, a fim de *"DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS EMBARGANTES EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, EM SUA MODALIDADE RETROATIVA, COM FUCLRO NOS ARTIGOS 107, INCISO IV C/C 109, INCISO IV C/C 110, §2º, TODOS DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

12.234/10, NO TOCANTE AO CRIME DE ESTELIONATO DATADO DE 22 DE NOVEMBRO DE 2001, EM FACE DOS LESADOS ALESSANDRA CINTRA E VANDER HYGINO, E O CRIME DE PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO URBANO COMETIDO EM 14 DE FEVEREIRO DE 2011, EM RELAÇÃO AO IMÓVEL SITO À ESTRADA DO SACARRÃO, REDIMENSIONANDO-SE AS PENAS" (fl. 47).

Além disso, no âmbito dos **embargos de declaração**, houve a determinação de com **determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor dos réus**, nos seguintes termos, **verbis**:

"Outrossim, os recursos especiais e extraordinários destinados às Cortes Superiores interpostos pelos réus tiveram seu seguimento negado pela Terceira-Vice Presidência deste Tribunal, conforme se observa das decisões acostadas aos indexadores 5877, 5887, 6015, 6209, 6243. Estando o Agravo em Recurso Especial no aguardo de julgamento até a prolação de Acórdão apreciando uma preliminar suscitada pela defesa dos acusados Ana Cristina e Marco Aurélio, determinado nos autos do HC 391398/RJ do Superior Tribunal de Justiça.

Consigne-se, que a decisão emanada no referido remédio heroico pela Corte Cidadã suspendia a execução provisória da pena, apenas até o julgamento por este colegiado da preliminar suscitada.

Imperioso consignar-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem que visava suspender a execução provisória da pena nos autos do HC 150142/RJ.

Neste desiderato, à luz do posicionamento prevalecente no Pretório Excelso quanto à possibilidade de execução provisória da pena, após o julgamento de apelação pelo 2º grau de jurisdição, imperiosa à expedição de mandado de prisão em desfavor dos acusados diante da inexistência de óbice para tanto.

Registre-se, por oportuno, que a interposição de Recurso Especial e Extraordinário não obsta a execução provisória da pena.

[...]

***Expeçam-se os competentes mandados de prisão em desfavor dos acusados**" (fls. 58-60, grifei).*

Verifica-se, portanto, que, no ponto, o v. acórdão está em desarmonia com o recente entendimento pacificado pelo Col. Pretório Excelso, uma vez que não houve imposição de prisão preventiva aos ora pacientes no

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

curso do processo, mas concedido-lhes o direito de **recorrer em liberdade** e, após o julgamento dos embargos de declaração opostos contra o v. acórdão que julgou a apelação, o eg. Tribunal de origem determinou a expedição de mandado de prisão.

Ademais, consoante informações prestadas pelo Tribunal **a quo**, à fls. 453-463 e em consulta ao sítio eletrônico da referida Corte, **observa-se inexistir certidão de trânsito em julgado**.

Destarte, declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIMES DE LICITAÇÃO PRATICADOS PELO PREFEITO E VICE-PREFEITO. MAJORAÇÃO DA PENA BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA EM RAZÃO DO CARGO QUE OS ACUSADOS OCUPAVAM. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES.* ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO ADC N. 43, 44 E 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF****. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.*
>
> *2. "A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 classifica-se como comum, não se exigindo, assim, do sujeito ativo nenhuma qualidade em específico. 2. Mostra-se idônea a valoração negativa do vetor da culpabilidade pelo fato de o agente exercer o cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal, ocupação que demanda exercício com efetivas lisura e*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

ética, inexistentes in casu" (AgRg no REsp 1795894/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/3/2019, DJe 8/4/2019).

3. ***O Plenário da Suprema Corte, ao concluir o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, modificou seu posicionamento, por 6 votos a 5, no sentido de não ser possível a execução da pena pelo simples exaurimento recursal perante as instâncias ordinárias, retornando o entendimento de que deve prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação.***

No julgado, a Suprema Corte ressaltou que a decisão não significa a soltura imediata de todos presos custodiados após o julgamento em segunda instância sem o trânsito em julgado da condenação. Restou consignado que, a situação de cada encarcerado deveria ser revista caso a caso, podendo ser mantida nos casos em que o acusado tenha sido segregado no curso do processo diante da presença dos requisitos ensejadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP.

4. A prisão do paciente foi decretada exclusivamente em decorrência dos julgados anteriores da Suprema Corte, que restaram superados com o julgamento do mérito das ADCs n. 43, 44 e 54, razão pela qual entendo que deve ser concedida a ordem, de ofício, para assegurar-lhe o direto de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, resguardada a possibilidade de decretação da nova segregação antecipada com base em decisão devidamente fundamentada e com base nos requisitos ensejadores da custódia cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão por decisão devidamente fundamentada" (HC n. 454.611/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 26/11/2019, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 386 DO CPP. PLEITO ABSOLUTÓRIO. PALAVRA DA VÍTIMA QUE OSTENTA ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS CRIMES PRATICADOS ÀS OCULTAS, MORMENTE QUANDO CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. PRECEDENTES DO STJ. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE FIRMA A SUFICIÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7

> ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. INVIABILIDADE EXCLUSÃO. ADCS 43 E 44 (STF). EXCLUSÃO DA DETERMINAÇÃO***.
>
> *Agravo regimental parcialmente provido, a fim de excluir da decisão agravada a determinação de execução provisória da pena, com comunicação ao Juízo de primeiro grau"* (AgInt no AREsp n. 1.335.396/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/11/2019, grifei).

Em relação à petição de fls. 434-435, **julgo prejudicado**.

No que diz respeito ao pedido de aditamento do recurso especial feito às fls. 407-430, **não conheço** por não fazer parte do objeto da impetração, mas se relativo a recurso próprio já interposto pela defesa.

Ante o exposto, **não conheço** do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, tão somente, para suspender a determinação de execução da pena, até o trânsito em julgado da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C8AA1124-4F5E-479A-9A02-168F5F2A47E7