



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 562426 - SP (2020/0040212-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : MATEUS OLIVEIRA MORO - SP225807
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRENDY SOUZA MAXIMO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de BRENDY SOUZA MAXIMO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 1501280-46.2018.826.0536.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal (furto qualificado), à pena de 1 ano, 4 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Foi deferido, ainda, o direito de recorrer em liberdade e determinada a expedição de alvará de soltura.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso, redimensionando a reprimenda para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, cassada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Na ocasião determinou, ainda, a execução provisória da pena após exaurimento da instância ordinária. O acórdão foi assim ementado:

Apelação. Réu condenado pelo crime de tráfico de drogas e absolvido da prática do crime previsto no artigo 307, caput, do Código Penal. Recurso do Ministério Público requerendo a condenação do réu também pelo crime de falsa identidade, em concurso material com o delito de tráfico de drogas. Subsidiariamente, busca o aumento da pena-base, aplicação da Súmula 231 do Colendo STJ, desfazendo a redução da pena operada na segunda etapa, afastamento do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, fixação de regime prisional fechado e cassação da substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Acolhimento parcial. Pena-base mantida no mínimo legal. Apelo ministerial provido parcialmente. Expeça-se mandado de prisão (fl. 26).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 40/45).

Daí o presente *mandamus*, no qual a defesa sustenta flagrante ilegalidade suportada pelo paciente em razão da determinação de execução provisória da pena imposta na Ação Penal n.1501280-46.2018.826.0536.

Salienta que a Suprema Corte firmou novo entendimento no sentido de que a execução penal provisória, antes de findas as oportunidades para recurso, somente é cabível quando houver sido decretada a prisão preventiva, nos moldes do art. 312 do

CPP, o que não é o caso do paciente.

Requer, em liminar e no mérito, que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

Às fls. 49/51 foi deferida liminar, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento definitivo da presente impetração ou o trânsito em julgado da condenação.

O Ministério Público Federal opinou pela confirmação da liminar (fls. 61/64).

É o relatório.

Decido.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o direito de o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação imposta.

Quanto ao ponto é certo que no julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade.

Esta egrégia Corte de Justiça, por sua vez, também adotou o aludido posicionamento, mormente a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro Rogério Schietti Cruz.

Tal posição foi ainda mantida quanto, em 5.10.2016, o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do pedido de liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, reafirmou o entendimento de ser possível a execução da pena após a condenação em segunda instância.

Todavia, em 8/11/2019, ao concluir o julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento anterior e passou a entender pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação trazida pela Lei 12.403/2011, reconhecendo a inadmissibilidade da execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação.

Importante ressaltar que tal entendimento não afasta a possibilidade da decretação da prisão preventiva, antes do trânsito em julgado da condenação, desde que devidamente fundamentada sua necessidade, com base nos requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES. MAJORAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. PLEITO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO DEFERIDO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO AO CORRÉU. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O pleito de redimensionamento das penas não merece prosperar. De acordo com a Súmula 443/STJ, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". Assim, verifica-se que o Colegiado observou a orientação sumulada desta Corte, haja vista que, ao fixar a fração de aumento em 2/5, o fez ancorado em circunstâncias concretas que indicam a maior reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito foi cometido mediante a presença de quatro indivíduos.

2. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

3. Contudo, em 08/11/2019, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, e decidiu, por maioria de votos, 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.

4. Assim, a prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis apenas 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, o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos.

5. Agravo regimental parcialmente provido para suspender a execução provisória da pena imposta ao agravante, até o trânsito em julgado da condenação. Extensão dos efeitos desta decisão ao corréu JAMIR DE WITT, nos termos do art. 580 do CPP (AgRg no AREsp 1558816/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019).

No presente, em que pese o paciente ter permanecido preso preventivamente durante a ação penal, obteve o direito de recorrer em liberdade por ocasião da sentença e assim permaneceu até a determinação de expedição de mandado de prisão pelo Tribunal Estadual, somente em razão do julgamento da apelação.

Em consulta ao site da Corte de origem, constatou-se, ainda, que encontra-se aberto o prazo para interposição de recursos extraordinário e especial. Desta forma, a condenação não transitou em julgado.

Desse modo, verifica-se que, diante do atual entendimento vigente e, considerando que o processo ainda não transitou em julgado, bem como o fato de que, ao menos em princípio, não há necessidade da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, deve ser reconhecido o direito de o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação imposta.

Ante o exposto, concedo a ordem, confirmando a liminar, para determinar que o paciente aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação imposta, ressalvada a hipótese da decretação de prisão preventiva, em decisão devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do CPP.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 21 de março de 2020.

Ministro Joel Ilan Paciornik
Relator