HABEAS CORPUS Nº 561.728 - SC (2020/0036161-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	OSVALDO JOSE DUNCKE
ADVOGADO	:	OSVALDO JOSE DUNCKE - SC034143
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	THARSIO RAFAEL DA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de THARSIO RAFAEL DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, por ter incorrido na prática dos delitos previstos nos art. 180, **caput,** e artigo 311, **caput**, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante a eg. Corte de origem, que negou provimento ao recurso, em v. acórdão, às fls. 52-65. Transcrevo por oportuno excerto da ementa, **verbis**:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE RECEPTAÇÃO (CP, ART. 180) E DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (CP, ART. 311) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA.*
>
> *CRIME DE RECEPTAÇÃO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE BEM EVIDENCIADAS - RÉU FLAGRADO DE POSSE DA RES FURTIVA - CARRO COM REGISTRO DE FURTO/ROUBO NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - DESCONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA NÃO PROVADO - SIMPLES NEGATIVA GENÉRICA QUE NÃO SE MOSTRA CAPAZ DE DERRUIR O ÉDITO CONDENATÓRIO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ACUSADO SURPREENDIDO NA POSSE DO BEM DE ORIGEM ILÍCITA - CONDENAÇÃO MANTIDA.*
>
> *No crime de receptação (CP, art. 180), se a res*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

furtiva houver sido apreendida em poder do acusado, conduzindo o bem, incumbe-lhe apresentar prova da origem licita do produto, ou comprovar seu absoluto desconhecimento da procedência criminosa do material ilícito, demonstrando cabalmente ignorar o injusto penal levado a efeito; não o fazendo, a condenação deve ser decretada.

PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A MODALIDADE CULPOSA - INVIABILIDADE - IGNORÂNCIA ACERCA DA PROCEDÊNCIA CRIMINOSA NÃO COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA.

Existindo nos autos elementos que permitam reconhecer que o acusado tinha ciência da origem espúria do produto, impossível a desclassificação para o crime de receptação culposa, previsto no art. 180, § 3º, do Código Penal.

CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - ALMEJADA ABSOLVIÇÃO - NÃO ACOLHIMENTO - RÉU FLAGRADO NA POSSE DE VEÍCULO COM SINAIS IDENTIFICADORES ADULTERADOS (VIDROS, CHASSI E ETIQUETAS DE IDENTIFICAÇÃO) - PRESUNÇÃO DE CIÊNCIA, POR PARTE DO POSSUIDOR, DA ADULTERAÇÃO DO BEM - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

Para a configuração do crime previsto no art. 311 do Código Penal, é suficiente a apreensão do acusado em poder do veículo com sinais identificadores adulterados, notadamente se inexiste indício de que outra pessoa tenha efetuado a troca da sua identificação, não se confirmando o álibi (TJSC, ACr n. 0002261-97.2016.8.24.0012, rei. Des Alexandre d'lvanenko, j. em 25.05.2018).

PRETENDIDO ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL PARA O RESGATE DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - PATAMAR DA PENA E REINCIDÊNCIA QUE JUSTIFICAM O REGIME FECHADO.

Tratando-se de réu reincidente e com pena superior a 4 anos, inviável se mostra que o resgate da reprimenda se dê no regime inicial semiaberto.

RECURSO DESPROVIDO" (fls. 52-53).

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal consubstanciado na negativa do Paciente recorrer em liberdade.

Sustenta que o ora Paciente sofre com os efeitos da determinação

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

de imediata execução provisória da pena contrariando o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da controvérsia.

Sustenta a inobservância do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, aduzindo nesse sentido que: "*a sentença foi proferida em 30 de setembro de 2019 - portanto, há mais de 90 (noventa) dias. Desde então, não consta nos autos a revisão de sua prisão de maneira fundamentada pelo Juízo Inaugural"* (fl. 11).

Requer, ao final, a concessão da ordem "*para que seja cassado o decreto de prisão do Paciente, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade"* (fl. 15).

A liminar foi indeferida, às fls. 68-70.

Informações prestadas às fls. 74-233.

O Ministério Público Federal, às fls. 237-241, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS substitutivo de recurso próprio. não cabimento, nos termos da orientação fl rimada pelo supremo tribunal federal e pelo superior tribunal de Justiça. Ausência de flagrante ilegalidade que JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFlCIO. ARTIGOS 180, CAPUT E 311, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO PARA RECORRER EM LIBERDADE. PENA DE 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. EM REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO. INALTERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE JUSTIFICARAM A PRISÃO PREVENTIVA.*
>
> *Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus"* (fl. 237).

É o relatório.

Decido.

Pretende o Paciente, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal em razão da negativa de recorrer em liberdade frente ao

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, sustentando, ainda, ausência de fundamentação para manutenção da constrição cautelar, bem como inobservância do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que determina a revisão da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias.

Quanto a primeira tese defendida pelo **impetrante, impossibilidade de execução provisória pena**, realmente, 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:

> *"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*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

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 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 1.492.529/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 17/6/2016).

Tal entendimento, ainda, foi confirmado por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral,

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

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 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.

Nesse aspecto, tenho que, não há como cogitar que o Paciente sofre com a execução provisória da pena, tendo em vista que a última decisão que manifestou acerca do encarceramento do Paciente foi a sentença condenatória, que não agregou novos fundamentos para manutenção da segregação cautelar, tendo feito a simples explanação de que: "*[...]porque persistem os fundamentos de sua prisão, conforme fundamentado na decisão*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

de ps.32-33,[...]" (fl. 51), sendo que na apreciação do Recurso de apelação o eg. Tribunal **a quo não se manifestou** acerca da necessidade de segregação cautelar do Paciente, **bem como que;** considerando o entendimento, que outrora, vinha sendo seguido a partir do julgamento do HC 126.292/SP pelo STF e a guinada, ora, ocorrida no Pretório Excelso com a apreciação das "*ADCs 43, 44 e 54"***; também, não se manifestou num ou noutro sentido**, ou seja, o Paciente não se encontraria segregado por um título de execução provisória da pena, o que confrontaria com o novo entendimento do Pretório Excelso, mas por uma decisão de prisão cautelar.

Lado outro, não será possível acatar o pleito da **Defesa** de revogação da segregação cautelar do Paciente, consistente em ausência de requisitos da prisão preventiva, bem como em ausência de "*[...]revisão de sua prisão de maneira fundamentada[...]"* consoante o art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, **eis que tais matérias não foram** submetidas à apreciação da eg. Corte de origem, assim não poderia esta Corte Superior proceder à análise controvertida, evitando-se, desse modo, a indevida supressão de instância.

Assim verifica-se que não houve apreciação, acerca da prisão cautelar do Paciente, pela eg. Corte **a quo**, o que impede a manifestação desta Corte Superior sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido é o entendimento das Turmas que compõem a 3ª Seção desta eg. Corte de Justiça, **verbis**:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DO PACIENTE EM REGIME MAIS RIGOROSO. PLEITO DE REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE POSTULAÇÃO EM 1º GRAU. ILEGALIDADE INEXISTENTE. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *(...)*
>
> *2. A questão referente à manutenção do paciente no regime mais gravoso do que aquele judicialmente determinado*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, o que impede seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus improvido."

(AgRg no RHC 48623/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 04/09/2014).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INDICAÇÃO DE JUSTIFICATIVA CONCRETA PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL. PACIENTE SEGREGADO DESDE O FLAGRANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO, NO PONTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

5. O pedido de progressão de regime não foi formulado perante o Juízo das Execuções, razão pela qual não pode ser conhecido originariamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita concessão da ordem de ofício.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida".

(HC 220.468/PE, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 17/04/2013).

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Contudo concedo a **ordem** de ofício, apenas, para determinar que a eg. Corte de origem se manifeste acerca da necessidade de prisão cautelar do Paciente.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: CE3FE3AD-AC09-4AC5-B07F-C9BC4BB6DD81