RCD no HABEAS CORPUS Nº 500.360 - SP (2019/0083296-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
REQUERENTE	:	VINICIUS DE LIMA BRIANEZI (PRESO)
ADVOGADOS	:	GUILHERME GIBERTONI ANSELMO - SP239075
		CARLOS AUGUSTO PREVIDELLI - SP344411
REQUERIDO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de pedido de reconsideração de decisão de fl. 61 (e-STJ) na qual neguei o deferimento da tutela liminar, diante da ausência de seus pressupostos autorizativos.

O requerente reafirma ser manifestamente ilegal a expedição de mandado de prisão para o início do cumprimento da pena provisória sem o esgotamento da jurisdição ordinária. Colaciona o andamento processual da origem, no qual se comprova estar em aberto o prazo para o oferecimento dos embargos de declaração.

Pugna a reconsideração da decisão agravada para que seja expedido alvará de soltura em seu favor.

É o relatório.

Decido.

Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), 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.

Sobre o tema, confiram-se:

> "DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.
> [...]
> 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126.292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

> 3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.
> 4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."
> (HC 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016);
>
> "PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.
> 1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.
> 2. *Habeas corpus* denegado."
> (HC 354.470/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016).

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

Outrossim, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

> "PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE MAGISTRADO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE *HABEAS CORPUS* DESTA CORTE QUE GARANTIRA AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM

> LIBERDADE E QUE TRANSITOU EM JULGADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (HC 126292/SP). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.
> 1. Não existe descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em *Habeas Corpus*, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuara uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.
> 2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão
> cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n. 113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.
> 3. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.
> 4. Reclamação improcedente." (Rcl 30.193/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 11/5/2016).

No caso dos presentes autos, verifica-se que ainda não está esgotada a jurisdição da Corte Estadual, haja vista a possibilidade de oposição de embargos de declaração, sendo necessária, pois, a suspensão da execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária.

Em assim sendo, e ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

Nesse sentido, vem decidindo esta Corte:

> "PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO CRIMINAL. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO E DE FORMAÇÃO DE PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL PROVISÓRIO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO

EXAURIDAS. ORDEM CONCEDIDA.
I - O Supremo Tribunal Federal, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, 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' (HC n. 126.292/SP, TRIBUNAL PLENO, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 17/5/2016).
II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.
III - Não é o que ocorre, na hipótese, tendo-se em vista que houve a oposição de embargos infringentes pela defesa, pendentes de julgamento, não estando exauridas, portanto, as vias recursais ordinárias.
Ordem concedida para, confirmando a liminar de fls. 83/84, determinar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias, sendo vedada, no meio tempo, a formação de processo de execução criminal provisório"
(HC 358.257/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe 23/8/2016).

"*HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONCESSÃO DO RECURSO EM LIBERDADE. APELAÇÃO JULGADA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. EMBARGOS INFRINGENTES PENDENTES DE JULGAMENTO NO TRIBUNAL LOCAL.
1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17/2/2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.
2. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias e não exige motivação particularizada.
3. No caso, tendo sido opostos embargos infringentes contra o acórdão da apelação, os quais ainda pendem de julgamento, a expedição de mandado de prisão evidencia constrangimento ilegal.
4. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seus recursos pelo Tribunal de segundo grau, se por outro motivo não estiver preso"
(HC 360.110/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 6/9/2016, DJe 15/9/2016).

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fl. 61 (e-STJ) e **defiro** a liminar para suspender a execução provisória da pena, até o julgamento final deste *habeas corpus*. Ressalvo que, esgotando-se a jurisdição de origem, cessarão os efeitos da liminar

ora concedida.

Noticie-se, com urgência, ao TJSP e ao juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Cumpridas as diligências acima referenciadas, tornem-me conclusos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator