HABEAS CORPUS Nº 485.373 - MS (2018/0340246-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	ANTONIO CASTELANI NETO
ADVOGADO	:	ANTÔNIO CASTELANI NETO - MS005529
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	N B DE S (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de N B DE S apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Ação n. 0064736-68.2010.8.12.0001).

Depreende-se dos autos que o Juízo da 7ª Vara Criminal de Competência Especial do Estado de Mato Grosso do Sul, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado nos autos do HC n. 126.292/SP e das ADCs n. 43 e 44, determinou, em 26/11/2018, a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente (e-STJ fls. 11/12).

Ato seguinte, segundo se extrai da decisão de e-STJ fl. 21, a defesa requereu ao Magistrado que o paciente aguardasse em liberdade até o julgamento do AREsp n. 1.405.519/MS. O pedido foi denegado.

Verifica-se às e-STJ fls. 25/26 que a Presidência do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do referido agravo em recurso especial por ausência de impugnação específica da incidência do enunciado 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

No presente *writ*, a defesa sustenta constrangimento ilegal decorrente da expedição de mandado de prisão para execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assevera que, além de a sentença conceder ao ora paciente o direito de apelar em liberdade, existem recursos pendentes de análise no Superior Tribunal de Justiça (agravo interno), de modo que não deve ser concretizada a ordem de prisão.

Afirma que, pelo princípio da presunção da inocência, o paciente tem o

direito de responder em liberdade até o trânsito em julgado da sentença.

Subsidiariamente, pede a readequação da classificação do tipo penal para o crime de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal).

Requer, liminarmente, o recolhimento do mandado de prisão, permitindo que o paciente aguarde em liberdade a apreciação do agravo interno interposto nos autos do AREsp n. 1.405.519/MS, e, por economia processual, a readequação da classificação do tipo penal para o crime de importunação sexual, nos termos da nova classificação conferida pela Lei n. 13.718/2018. No mérito, busca a confirmação da ordem.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 43/48.

Após as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem em parecer assim ementado (e-STJ fl. 93):

> *HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ.*
>
> *1. É cabível a determinação de execução provisória da pena quando já caracterizada a confirmação da condenação.*
>
> *2. A pretensão de desclassificação da conduta criminosa mostra-se incabível na via estreita do habeas corpus por demandar o necessário cotejo fático probatório, inviável em sede de HC.*
>
> *3. Parecer pelo não conhecimento do writ. Se conhecido, pela denegação da ordem.*

É, em síntese, o relatório.

Como visto, a defesa pretende a readequação do tipo penal para o crime de importunação sexual, nos termos da nova classificação conferida pela Lei n. 13.718/2018. No entanto, tem-se que a tese não foi debatida pelo Tribunal de origem, o que impede a análise por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPROS DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 215-A, DO CP. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. PROCEDÊNCIA.*

AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL. QUANTUM DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA COMUM. NÚMERO DE DELITOS. FRAÇÃO DE 2/3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A tese de que as condutas do paciente devem ser examinadas sob a ótica do novo art. 215-A, do Código Penal, é aventada, pela primeira vez, no presente writ, não havendo manifestação do juiz singular e da Corte de origem sobre a matéria. Em casos como o presente, entende-se que este Superior Tribunal de Justiça não deve se pronunciar, originariamente, sobre a questão, sendo vedada a supressão de instância.

- O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, o art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crimes da mesma espécie; e III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

- A continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, além daqueles exigidos para a aplicação do benefício penal da continuidade delitiva simples, exige que os crimes praticados: I) sejam dolosos; II) realizados contra vítimas diferentes; e III) cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

- No caso em tela, os atos libidinosos praticados contra as vítimas vulneráveis foram desprovidos de qualquer violência real, contando apenas com a presunção absoluta e legal de violência do próprio tipo delitivo.

- 'A violência de que trata a continuidade delitiva especial (art. 71, parágrafo único, do Código Penal) é real, sendo inviável aplicar limites mais gravosos do benefício penal da continuidade delitiva com base, exclusivamente, na ficção jurídica de violência do legislador utilizada para criar o tipo penal de estupro de vulnerável, se efetivamente a conjunção carnal ou ato libidinoso executado contra vulnerável foi desprovido de qualquer violência real […]' (HC 232.709/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

- Esta Corte Superior firmou a compreensão de que o aumento no crime continuado comum é determinado em função da quantidade de delitos cometidos.

- Assim, no caso, tendo sido cometidos crimes de estupro de vulnerável, com violência presumida, contra 8 vítimas diferentes, incide a continuidade delitiva simples, devendo ser aplicado o

> *aumento de 2/3, que resulta na reprimenda definitiva de 13 anos e 4 meses de reclusão.*
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 13 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.*
>
> (HC 483.468/GO, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019) – grifei.

No que tange ao pedido decorrente de alegado constrangimento ilegal advindo da expedição de mandado de prisão para execução provisória da pena, ele não merece prosperar.

Com efeito, a nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é a de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016).

Observe-se que, naquele julgamento, o STF deixou assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição "*não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*".

Essa orientação foi, em seguida, adotada pela Corte Especial deste Superior Tribunal, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal Originária n. 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe de 26/4/2016.

Na mesma senda as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, *v.g.*, HC n. 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe de 14/6/2016; HC n. 311.433/ES, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/5/2016, DJe de 1º/6/2016; HC n. 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe de 24/5/2016.

De mais a mais, na tarde do dia 5/10/2016, por 6 votos a 5, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu as cautelares requeridas nas Ações Declaratórias

de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição.

Além disso, no dia 11/11/2016, o Excelso Pretório, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante 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, relator Ministro Teori Zavascki, DJe 25/11/2016).

Por fim, também não procede o argumento de que, tendo a sentença possibilitado ao paciente o direito de recorrer em liberdade, está obstada a execução provisória da pena.

Isso porque não há que se falar em violação ao trânsito em julgado tão somente em função de ter constado no dispositivo da sentença a determinação proibitiva de se iniciar, provisoriamente, a execução da pena, uma vez que, naquela ocasião, era esse o entendimento vigente na Pretória Corte, daí o porquê da aposição do comando *"aguarde-se o trânsito em julgado"*, ou similar teor, verificado em diversas das sentenças submetidas a exame desta Corte Superior.

Caso contrário, a despeito da evolução jurisprudencial do STF, estaria o Poder Judiciário engessado ao assinalado pela sentença de primeiro grau, afigurando-se verdadeiro paradoxo jurídico.

Em recentes julgados, a Sexta Turma desta Casa debruçou-se sobre o tema. Confiram-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Na espécie, extrai-se do acórdão*

impugnado que os processos que culminaram nas execuções provisórias em questão estão em fase de processamento dos recursos especiais interpostos, o que demonstra o esgotamento da jurisdição ordinária.

2. Ficou assentado neste Tribunal Superior que "a competência das instâncias extraordinárias para decidir sobre a possibilidade de início da execução provisória da pena não exclui a competência do julgador de 1º grau para prolatar a mesma decisão" (HC n.

381.568/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2017, DJe 24/2/2017).

3. Não há que se falar em violação ao trânsito em julgado tão somente em função de ter constado no dispositivo da sentença a determinação proibitiva de se iniciar, provisoriamente, a execução da pena, uma vez que, naquela ocasião, era esse o entendimento vigente na Pretória Corte, daí o porquê da aposição do comando "aguarde-se o trânsito em julgado", ou similar teor, verificado em diversas das sentenças submetidas a exame desta Corte Superior. Caso contrário, a despeito da evolução jurisprudencial do STF, estaria o Poder Judiciário engessado ao assinalado pela sentença de primeiro grau, afigurando-se verdadeiro paradoxo jurídico. Precedente.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 92.360/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 05/04/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INEXISTENTE OFENSA À COISA JULGADA FORMAL NEM REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. TESE DE INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO DO STF QUANDO O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO FOI ASSEGURADO EM DECISÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO NESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior a simples interposição de recurso especial, sem a concessão de efeito suspensivo, não obsta a execução provisória da pena privativa de liberdade. Precedentes.

2. É possível a execução provisória da pena, ainda que concedido na sentença condenatória, ou mesmo no acórdão que julgou o recurso de apelação o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, sem que isso caracterize violação a coisa julgada ou reformatio in pejus.

[...]

(AgRg no HC 410.103/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 15/02/2018, grifei)

> *HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESAFORAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA COMARCA EM QUE O FEITO FOI DESAFORADO. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NORMA EXCEPCIONAL QUE COMPORTA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DESLOCAMENTO DO FORO TÃO SOMENTE PARA A REALIZAÇÃO DO TRIBUNAL POPULAR. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*
>
> *1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).*
>
> *2. Em seguida, por 6 votos a 5, o Plenário do Pretório Excelso indeferiu as cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição (DJe 7/10/2016).*
>
> *3. A Corte Suprema, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante, 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, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 11/11/2016).*
>
> ***4. Não há que se falar em violação ao trânsito em julgado tão somente em função de ter constado no dispositivo da sentença a determinação proibitiva de se iniciar, provisoriamente, a execução da pena, uma vez que, naquela ocasião, era este o entendimento vigente na Pretória Corte, daí o porquê da aposição do comando "aguarde-se o trânsito em julgado", ou similar teor, verificado em diversas das sentenças submetidas a exame desta Corte Superior.***
>
> ***5. Caso contrário, a despeito da evolução jurisprudencial do STF, estaria o Poder Judiciário engessado ao assinalado pela sentença de primeiro grau, afigurando-se verdadeiro paradoxo jurídico.***
>
> [...]
>
> *14. Ordem denegada.* (HC 374.713/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017, grifei.)

Sendo assim, nos moldes da jurisprudência desta Casa e do Supremo Tribunal Federal, não há falar, na hipótese, em vedação à execução provisória da pena.

Por fim, ainda que assim não fosse, ao que se extrai da peça inaugural, o presente *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Juízo de origem que determinou, após a manutenção da condenação pelo Tribunal de Justiça, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da reprimenda (e-STJ fls. 11/12).

O art. 105, I, "c", da Constituição da República dispõe que compete a este Tribunal Superior processar e julgar *habeas corpus*, quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição. Contudo, não constam nos autos elementos que demonstrem a existência de decisão ou acórdão da Corte Estadual apreciando a questão objeto deste *writ*.

Com efeito, não se submete à competência do Superior Tribunal de Justiça o exame de *habeas corpus* impetrado contra ato praticado por juízo de primeiro grau.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; confira-se*:*

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM* HABEAS CORPUS. *AUSÊNCIA DE AMBIGUIDADE, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO NO JULGADO. IMPUGNAÇÃO DE ATO DE JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. ABSOLUTA INCOMPETÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 34, XVIII, DO RISTJ.*
>
> *1. Não há no acórdão ambiguidade, contradição, obscuridade ou omissão, consoante disposto no art. 619 do Código de Processo Penal.*
>
> *2. De acordo com o art. 105, I, c, da Constituição Federal, compete a esta Corte julgar* habeas corpus *contra atos de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, o que não ocorre no caso em questão, em que se impugna ato de Juízo de primeiro grau.*
>
> *3. Assim disciplina o art. 34, XVIII, do RISTJ: negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário a súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste.*
>
> *4. Na ausência de argumento apto a afastar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho a decisão por seus próprios fundamentos.*
>
> *5. Embargos de declaração rejeitados.* (EDcl no HC 230.583/MG, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/9/2014, DJe 1º/10/2014)

Ante o exposto, **conheço parcialmente da impetração e, nessa extensão, denego a ordem.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator