RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 107.463 - GO (2019/0010511-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	ISAÍAS CLEMENTINO BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO	:	ASDRUBAL CARLOS MENDANHA E OUTRO(S) - GO017209
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por ISAÍAS CLEMENTINO BARBOSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que denegou a ordem no *Writ* de n. 5560617.25.2018.8.09.0000, mantendo o início da execução provisória da pena determinada pelo Juízo de sentenciante, em face do recorrente, que foi condenado a 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicia fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Consoante informações prestadas pelo Juízo de origem, *"da sentença condenatória proferida pela 2ª Vara Criminal de Goiânia, o sentenciado, na época, interpôs recurso de apelação criminal perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, sendo desprovidos os apelos. Em seguida, o sentenciado interpôs Recurso Extraordinário e Especial"* (e-STJ fl. 131).

Em consulta à pagina eletrônica desta Corte Superior, verifica-se que o recurso especial interposto pelo ora recorrente contra o acórdão do Tribunal de origem, foi julgado nesta Colenda Corte Superior de Justiça em 14-2-2019, ocasião em que a pena do réu foi reduzida para 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pelo crime de homicídio duplamente qualificado, tendo a decisão sido mantida em sede de agravo interno julgado em 21-3-2019.

Na presente impetração, sustenta, inicialmente, que apesar da defesa haver manifestado interesse em realizar sustentação oral na origem, tal pedido restou inatendido pelo Tribunal recorrido, o que acarretaria nulidade no julgamento originário.

Alega, em síntese, que a tendência da Suprema Corte expressada nos votos se seus Ministros demonstram a revisão do tema quanto à possibilidade de execução provisória da pena.

Requereu, deste modo, o provimento do reclamo para que fosse determinada a suspensão da execução provisória, permitindo-lhe aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Contrarrazoado o reclamo, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça, onde a liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, verifica-se que a alegação de nulidade do julgamento do *writ* impetrado na origem, por ausência de intimação da defesa para sustentação oral, é questão que não pode ser analisada na hipótese, tendo em vista que o recorrente deixou de juntar aos autos documentos que comprovassem referida ilegalidade.

Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado, decorrente de

ato de Tribunal sujeito a jurisdição desta Corte Superior, providência não efetivada no caso *sub examine*.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE PRESO COM MAIS DE 12KG DE MACONHA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*
> *2. Não se verifica constrangimento ilegal em hipótese na qual o magistrado indeferiu o direito de recorrer em liberdade por considerar estarem mantidos os motivos pelo qual a prisão fora anteriormente decretada, e recomendando o paciente na prisão em que se encontrava.*
> **3. Fica inviável a análise da idoneidade dos fundamentos expostos no decreto preventivo originário, uma vez que a defesa não juntou a decisão aos autos.**
> **4. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente.**
> 5. Não obstante, mostra-se devida a prisão cautelar em hipótese na qual o paciente foi condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, tendo sido apreendido com mais de 12kg de maconha, quantidade que reveste o delito de maior gravidade e evidencia a necessidade da segregação antecipada.
> *6. No mesmo sentido, se o paciente respondeu preso a toda a ação penal, fica reforçada a necessidade da segregação, uma vez que a existência de sentença condenatória enfraquece sua presunção de não culpabilidade, de modo que seria incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade.*
> *7. Writ não conhecido.*
> *(HC 340.763/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 07/06/2016)*

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO E DO DECRETO PRISIONAL, NECESSÁRIOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO E MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. EXIGÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS DO IMPETRANTE. PRECEDENTES DO STF E STJ.*
> ***I. Constitui ônus do impetrante a correta instrução do habeas corpus, mediante prova pré-constituída, cabendo-lhe colacionar,***

> ***quando da impetração, as peças necessárias ao deslinde da controvérsia, de sorte a demonstrar o alegado constrangimento ilegal. Precedentes do STF e do STJ.***
> *II. Não tendo sido juntado aos autos, pelo impetrante, o inteiro teor do acórdão impugnado e do decreto prisional - necessário para a verificação dos motivos que ensejaram a decretação e manutenção da custódia cautelar -, resta inviabilizada a apreciação da pretendida revogação da prisão preventiva, porquanto impossível verificar-se o alegado constrangimento ilegal.*
> *III. Agravo Regimental improvido. (AgRg no HC 277.159/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 10/02/2014)*

Quanto à pretendida suspensão da execução provisória, razão não assiste ao recorrente.

No caso, constata-se que, após o julgamento da apelação pela Corte Estadual, foram interpostos recursos especial e extraordinário, exaurido, portanto, o exame da referida lide pelas instâncias ordinárias.

Tal circunstância atrai a aplicação do novo posicionamento da Suprema Corte, exarado no julgamento do HC n.º 126.292 que passou a admitir como consentânea com os princípios encartados na Constituição Federal a determinação de imediato início do cumprimento da pena após a afirmação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

De se destacar, outrossim, que tal entendimento já foi inclusive ratificado pelo STF, quando reapreciou o tema nos autos das ADCs 43 e 44 e no ARE 964246, este último com repercussão geral - **revelando-se plenamente possível a manutenção da ordem de prisão, que agora decorre de execução de pena e não mais constrição processual**.

Portanto, como corolário do esgotamento das instâncias ordinárias e da ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, a determinação para o início da execução da reprimenda imposta na sentença condenatória passa a prescindir de qualquer motivação pautada nos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que disciplina a medida cautelar mais gravosa do ordenamento jurídico e não se confunde com a estabilização da pretensão punitiva exercida em respeito ao devido processo legal, não havendo, portanto, coação ilegal a ser sanada neste ponto.

Nesse norte:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO.* ***CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.***
> ***I - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência 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).***
> ***II - Assim, está autorizada a execução provisória da pena, sem violação a princípios constitucionais ou a normas legais, após a conclusão do julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou, atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.***
> ***III - In casu, após o julgamento do recurso de Apelação Criminal, dos Embargos de Declaração e dos Embargos Infringentes e de Nulidade, houve a interposição de Recurso Especial, o que demonstra o esgotamento das instâncias ordinárias, em consonância com o entendimento firmado nesta Corte.***
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 485.942/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019)*
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO APÓS CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.* ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE****. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE ANTE A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. MANUTENÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.*
> *[…]*
> ***3. A orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, 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 o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).***
> *[…]*
> *7. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgInt no HC 467.201/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 21/03/2019)*

Ante o exposto, **conhece-se em parte** do RECURSO EM HABEAS CORPUS e, na extensão, **nega-se-lhe provimento**, com fulcro no art. 34, inciso XVIII, *'a'* e *'b'*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se e intimem-se.

Após ciência do Ministério Público Federal e o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator