RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 109.878 - RS (2019/0079108-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	MARIO CESAR SAUER
ADVOGADOS	:	DANIEL GERBER - RS0039879 JOANA GONCALVES VARGAS - RS0075798 FLÁVIA DE ARAÚJO SILVA - RS110827
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário interposto por MARIO CESAR SAUER desafiando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (HC n. 70079910618).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, pela prática das condutas descritas no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, bem como nos arts. 317 e 299, ambos do Código Penal, às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e de 4 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto.

Em apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a condenação e negou provimento ao inconformismo.

Nesse contexto, o Ministério Público estadual solicitou à instância de origem a execução provisória da pena privativa de liberdade imposta ao réu.

O pedido foi deferido, com a imediata expedição de Processo de Execução Criminal Provisório.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa.

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 31 de janeiro de 2019, os desembargadores integrantes da Quarta Câmara de Direito Criminal, por unanimidade de votos, denegaram a ordem.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 87):

> *HABEAS CORPUS . ARTIGOS 317 E 299, AMBOS DO CP. ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COISA JULGADA E DA CONSEQUENTE PROIBIÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA.*
>
> *1. Paciente condenado nas sanções do art. 89 da Lei nº 8.666/93 e*

arts. 317 e 299, ambos do CP, na forma do art. 69 do CP, às penas de 03 anos e 06 meses de detenção e 04 anos de reclusão.

2. Os impetrantes sustentam que o Magistrado sentenciante determinou expressamente que o cumprimento da reprimenda em regime aberto apenas se daria após o trânsito em julgado, não havendo, quanto a tal ponto, recurso do Ministério Público. Referem que ainda na pendência de julgamento de Agravo em Recurso Especial, o Ministério Público postulou a execução provisória da pena, o que foi deferido pela autoridade apontada coatora. Entendem que houve violação ao princípio da coisa julgada e da consequente proibição de reformatio in pejus, referindo que ainda que tenha ocorrido mudança de entendimento na jurisprudência quanto aos efeitos dos recursos extremos, tal não pode modificar situação já cristalizada pelo manto da coisa julgada.

3. A coisa julgada não abrange o direito de o acusado responder ao processo em liberdade. Novo requerimento do Ministério Público acolhido diante de entendimento por ora pacificado no âmbito do STJ e STF. Tempus regit atum .

4. Reformatio in pejus não verificado. O direito de recorrer em liberdade não foi alterado em decorrência do manejo de recurso defensivo.

5. Inexistência de constrangimento ilegal.

ORDEM DENEGADA.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a defesa que a decisão do Supremo Tribunal Federal, relativa à possibilidade de execução provisória da reprimenda, além de não ser pacífica, não possui efeito vinculante. Diante disso, pede, em tema liminar, seja suspenso o Processo de Execução Criminal Provisório. No mérito, busca possa o recorrente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

É, em síntese, o relatório.

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 17/5/2016).

Naquele julgamento, o Pretório Excelso 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, conforme evidencia a ementa a seguir transcrita:

> *Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo.* (QO na APn 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe 26/4/2016.)

Na mesma senda, as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/1990. APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 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. Não há falar em reformatio in pejus diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.*
>
> *2. Ordem denegada.* (HC 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016.)

> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO MANTIDA EM ACÓRDÃO QUE CONFIRMA CONDENAÇÃO. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO*

DO STF. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. De acordo com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/MG, prolatado julgamento condenatório por Tribunal de apelação, e na pendência de recursos especial ou extraordinário sem efeitos suspensivos concedidos, não há que se falar em ilegalidade da execução provisória da pena a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Habeas corpus denegado, e revogada a liminar anteriormente deferida. (HC 311.433/ES, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016.)

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.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

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. 126292, 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, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016.)

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, 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/SP, relator Ministro Teori Zavascki, DJe 25/11/2016).

Cumpre advertir que, embora o realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tenha afastado do julgador, dentro do seu poder geral de cautela, a possibilidade excepcional de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena, certo é que tal situação não se verifica no caso vertente, visto que não foi apontada pela defesa sequer a tese aventada no apelo raro que autorizaria a concessão da ordem, de forma a impedir a execução provisória da pena.

Ante o exposto, **indefiro a liminar**.

Solicitem-se informações ao Tribunal de Justiça, ressaltando-se que deverão noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto deste feito.

Requeira-se, ainda, senha para acesso aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do Conselho Nacional de Justiça.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator