HABEAS CORPUS Nº 503.865 - RJ (2019/0103202-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	SONIA SARTHOU SANTOS CAMARA
ADVOGADO	:	SÔNIA SARTHOU SANTOS CÂMARA - RJ077704
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	MARCO AURELIO SILVA DOS SANTOS
PACIENTE	:	ANA CRISTINA CAMARA TAVARES

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **MARCO AURELIO SILVA DOS SANTOS** e **ANA CRISTINA CAMARA TAVARES**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

Depreende-se dos autos que, por meio da ordem concedida no HC n. 391.398/RJ, desta relatoria, foi determinado ao eg. Tribunal de origem que se manifestasse acerca da nulidade do indeferimento de testemunhas. Diante disso, o eg. Tribunal de origem prolatou novo v. acórdão, em sede de apelação criminal, que restou assim ementado (fls. 26-33):

> *"Apelação criminal. Arts. 288, 171 (12X) todos do CP e 50, § único, I e II da lei 6.766/79. Acórdão desta Corte dando parcial provimento aos recursos, após rejeitar as preliminares suscitadas, adequando a dosimetria penal.*
>
> *Recurso especial denegado pela Terceira Vice-presidência, ensejando a interposição de Agravo em Recurso Especial oposto junto ao STJ, que resultou na determinação para reapreciação de preliminar já afastada de cerceamento do direito de defesa em razão do indeferimento quanto a juntada de intempestivo rol de testemunhas. Habeas corpus interposto junto ao STF, que inicialmente obstou a execução do julgado, posteriormente modificado, resultando na baixa dos autos determinada por esta Corte em 14/12/17, conforme consta às fls. 6184, por encontrar-se finda a jurisdição em sede recursal.* ***Os condenados buscaram a reapreciação de toda a matéria arguida em sede preliminar, e no agravo interposto junto ao STJ foi determinado o cumprimento de ordem proferida no HC 393398/RJ, não conhecido, nos seguintes termos: "Ante o exposto, não conheço do presente***

habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício, para determinar ao eg. Tribunal a quo que aprecie, como entender de direito, a questão acerca do pedido de nulidade do feito, em razão do indeferimento da oitiva das testemunhas, conforme pleiteado no recurso de apelação defensivo, bem como determinar a suspensão da execução provisória das penas dos pacientes, até a prolação do respectivo acórdão". Consta do feito, após as decisões acima nominadas, pleito de reconhecimento de prescrição.

Escorreito o afastamento da prova protelatória pelo juízo de piso e por esta Corte de Justiça. Na verdade, o julgador de primeiro grau indeferiu a juntada intempestiva de prova testemunhal, devidamente ratificado pelo Colegiado, que rejeitou todas as preliminares suscitadas em sede de apelação. Afere-se nos autos, ter a defesa técnica requerido prazo com vistas a juntada de declarações de caráter ou retificação dos endereços das testemunhas, descumprindo o avençado em AIJ e adunando intempestivamente o respectivo rol, sem justificativas. ***Reconhece a doutrina, que o julgador pode dispensar provas que entenda desnecessárias à formação do seu livre convencimento, mormente quando não apresentadas oportunamente, existindo prova já contraditada pelas partes. Ausência de nulidades hábeis à caracterização da limitação do direito de defesa.*** *O pleito de reconhecimento da prescrição deverá ser deduzido junto à Vara de Execução Penal. Rejeitada a preliminar. Inalterado o entendimento quanto ao mérito dos apelos."* (grifei)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados no que tangia ao pleito dos pacientes (fls. 81-84):

"Embargos de declaração. Aduzem os recorrentes que seus respectivos embargos não foram apreciados. Sustenta o primeiro recorrente, não haver sido a tese defensiva apreciada no apelo e a pena não haver sido devidamente individualizada. Os dois últimos, apresentam toda a matéria recursal, aduzindo não haver sido tratada. Repisa-se, mostra-se despiciendo discorrer acerca de todos os pontos suscitados pela defesa técnica. Os pontos foram esgotados no referido acórdão, ainda que de modo sucinto. Não se vislumbrou qualquer cerceamento de defesa. Não é pelo fato da primazia do direito à defesa, que deve o magistrado admitir a produção de qualquer prova no processo, encontrando-se dentro do seu poder geral de tutela ao processo, a possibilidade de não acolher determinadas provas. Outros pontos tratados nos últimos embargos, desnecessária a repetição. No que pertine à pena, apenas adequou-se a

reprimenda, com vistas a não se repisar os mesmos pontos, em homenagem ao primado da eficiência, existindo, contudo, quanto a R odrigo, inequívoco erro em seu cômputo. As condições similares à exceção da condição particular de Rodrigo, permitem comparação e efetuado o devido destaque, aplicação similar de pena aos dos demais embargantes, não se observando qualquer vulneração nas individualizações das reprimendas.

Embargos de Rodrigo parcialmente providos, com readequação da reprimenda. Embargos de Marco e Ana improvidos. Expeça-se os mandados de prisão em desfavor dos apenados, com as cautelas de praxe." (grifei)

Opostos novos embargos de declaração, o eg. Tribunal se pronunciou (fls. 85-87):

"Embargos de declaração. Sustenta-se a existência de contradição no julgamento dos embargos anteriores, findo o qual determinou-se a segregação dos ora então embargantes, embora, no apelo houvesse sido mantido o direito de recorrerem em liberdade.

Superveniência do entendimento deste colegiado, diante do recente posicionamento do e. STF, ocorrido no dia anterior ao julgamento do apelo, e que em razão disto não foi aplicado naquela oportunidade. Cumpre destacar, que as decisões em segunda instância são colegiadas, e neste esteio, em regra passam a ser admitidas após consenso entre os julgadores ou a maior parte destes. Neste esteio, considerando-se esgotada a instância revisional, com o término do apelo, apenas prorrogado em razão dos sucessivos embargos, não se infere qualquer contradição, ao seguir-se o preceituado pela Corte Maior, que determina o início do cumprimento após a referida instância, registrando-se que os embargos opostos prolongam o eventual término do julgamento da apelação quando admitidos, o que permite ao seu termo, a aplicação do entendimento então assente no colegiado. Registra-se, que o ponto quanto ao início da execução é matéria sedimentada nas Cortes Superiores, não se inferindo a contradição apontada.

Baixem os autos com vistas ao cumprimento da sentença, independente do trânsito em julgado, conforme o entendimento das Cortes Superiores."

Daí o presente **habeas corpus,** no qual a Defesa sustenta que cumpriu o prazo para a apresentação do rol de testemunhas, que teria sido colacionado ainda na defesa prévia.

Aduz que o prazo de 14/10/2011, mencionado no v. acórdão, não foi para a Defesa, mas para o Cartório acostar os mandados expedidos para a audiência naquela data, nestes termos: *"Determino que o cartório acoste aos autos todos os mandados expedidos para a audiência realizada nesta data até o dia 14 de outubro de 2011. Foi determinado que o cartório diligencie para a expedição dos mandados de intimação para a próxima audiência* ***que as defesas apresentem endereços os respectivos no prazo legal****, tudo na forma da manifestação defensiva supra, que ora defiro. Intimados os presentes."* (transcrição à fl. 5, grifei).

Em razão do despacho supra, afirma que a Defesa assim se manifestou: *"Pela DEFESA de Marco Aurélio Silva dos Santos e Ana Cristina Tavares foi reiterado o pedido de intimação das testemunhas no dia 03 de novembro de 2011, em petição, onde demonstra necessidade e pertinencia, dispensando por declarações a oitiva das demais"* (transcrição à fl. 6).

Afirma que, no dia 07/11, mesmo tendo informado que apresentara petição (em 03/11) que não foi juntada, o d. Juízo indeferiu a oitiva de testemunhas, única razão pela qual abriu mão do depoimento pessoal.

Alega que a manifestação no v. acórdão de que "*as Cortes Superiores foram levadas à erro*" (fl. 6) configura constrangimento ilegal, haja vista a determinação de expedição dos mandados de prisão, não por atendimento ao posicionamento firmado pelo Supremo tribunal Federal acerca da execução provisória das penas privativas de liberdade, mas sim pelo suposto exercício abusivo do direito de defesa ou má-fé (oposição de dois recursos de embargos de declaração), sanção que nunca foi aplicada aos pacientes.

Requer a concessão da ordem, inclusive LIMINARMENTE, para que seja *"CASSADA a ORDEM DE PRISÃO expedida com fundamentação inidônea, posto que, inaceitável a postura do órgão coator, que fere os direitos constitucionais e as garantias legais dos ora pacientes, contidas na Carta Magna, em face à fundamentação inidônea atribuída ao Mandado de Prisão. [...] Que Vossa Excelência determine a baixa dos autos ao Juízo de Primeira Instância, reconhecendo a NULIDADE RELATIVA, representada pela não*

OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA, com a consequente anulação do decreto condenatório e que seja proferida nova Sentença, após a devida colheita da prova testemunhal requerida, acolhendo-se este Habeas Corpus em se mérito, e suspendendo-se qualquer tipo de ameaça à liberdade dos pacientes, até o final do julgamento deste remédio jurídico." (fl. 11, grifei).

É o relatório. **Decido**.

Nesta análise **perfunctória**, própria dos pedidos liminares, verifica-se que a alegação de que a Defesa apresentou rol de testemunhas ainda na sua defesa prévia se confirma, às fls. 53-54. À fl. 56, em 11/10/2011, houve despacho proferido em audiência, atendendo ao pedido das defesas, determinando-se a a apresentação do endereço correto das testemunhas para que fossem intimadas para a próxima audiência.

Às fls. 58-60, há o termo de depoimento das testemunhas SÔNIA, FABIANA e HERALDO, todas requeridas pela Defesa na peça de defesa prévia. Ausentes as demais testemunhas dos pacientes, a Defesa requereu a reiteração do pedido de intimação em 03/11/2011, "*onde demonstra a necessidade e pertinência, dispensando por declarações as demais"* (fl. 63).

Todavia, **prima facie,** o eg. Tribunal se manifestou de maneira a não se constatar qualquer flagrante ilegalidade, de plano. Vejamos trecho do v. acórdão em apelação criminal (fls. 75-76):

"Como cediço, incumbe ao juízo, por meio de seu poder geral de tutela do processo, indeferir provas que entenda protelatórias ou desnecessárias, e neste rol, inclui-se a realização de 'perícia mercadológica', cujo relevo só se evidencia na seara civil, considerando- se, que diante do primado da correlação, não foi postulada a indenização mínima. Ademais, os prejuízos das vítimas encontravam-se suficientemente demostrados nos autos, ressaltando-se a inexistência de prejuízo aferível pelo indeferimento quanto a realização da referida prova.

Destaca-se ainda, a oportunidade deferida, já em grau recursal com vistas a nova juntada de peças, o que evidencia inequívoca ausência de óbices ao exercício do direito de defesa.

Do mesmo modo, ***a não apresentação tempestiva do requisitado rol de testemunhas, ou ao menos a apresentação de justificativa idônea para a não realização do determinado, não constitui qualquer ilegalidade, diante***

do primado da duração razoável do processo, e não se pode dispensar certa liturgia, ao menos quanto aos prazos necessários para apresentação das provas eventualmente requisitadas, ou de justificativa válida para o seu destempo

Como verifica-se, a defesa pode atuar com desenvoltura, tendo apenas os excessos no seu atuar, em respeito ao devido processo legal." (grifei)

Sobre a possibilidade de **execução provisória das penas privativas de liberdade**, tampouco se afigura qualquer ilegalidade. Aqui, trecho do v. acórdão em recurso de embargos de declaração (fl. 87):

"Inicialmente, tem-se que o acórdão que apreciou os apelos interpostos foi prolatado no dia subsequente ao novo entendimento do e. STF, segundo o qual, a execução da pena pode ocorrer após o julgamento da apelação. Tal posicionamento, distinto do até então aplicado, importou na necessária reapreciação do tema por este órgão julgador.

Como cediço, tratando-se de entendimento colegiado, este deveria passar previamente pelo conhecimento dos demais pares, o que só poderia advir após a respectiva publicação da decisão daquela corte.

Superado o referido trâmite e após haver o colegiado firmado o novo posicionamento harmônico com o assente naquela Corte quanto ao cumprimento da pena, vieram os embargos dos ora recorrentes, relativos à decisão exarada no respectivo apelo, e neste julgamento, aplicou-se o entendimento então vigente, determinando-se o cumprimento da segregação.

[...]

Cabe salientar, que a antecipação da execução era pacífica naquela Corte até 2009, e foi objeto de 'writ' (HC 126292), também nela apreciado em 17/05/16, ***cujo deslinde foi no mesmo sentido do ora adotado, o que reforça o entendimento assente na aludida decisão, ainda que em caráter liminar.***

Neste esteio, e considerando-se que a recepção dos embargos protrai o término da apreciação do apelo, e sucessivos foram interpostos, não se infere qualquer contradição na medida que, diante da superveniência de determinação das instâncias Superiores, afirma-se o cumprimento da segregação mantida em grau recursal, quando o julgamento ainda não se encontra encerrado.

Por tais razões, voto no sentido de negar-se provimento aos embargos. Baixem-se os autos, com vistas ao início do cumprimento das medidas constritivas determinadas." (grifei)

Nesse sentido, julgados os segundos embargos de declaração da Defesa, assim, agora, exaurida a jurisdição na instância **a quo,** não existe óbice

ao cumprimento provisório das penas privativas de liberdade.

Com base no **entendimento firmado pelo col. Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do **ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral**, foi reafirmada a jurisprudência daquela col. Corte, 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 25/11/2016).

Esta Corte Superior de Justiça encampou o mesmo entendimento, **verbis**:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO PELO TRIBUNAL A QUO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...] 2. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a* ***possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias****, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário, assim como o recurso especial, desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, pela Suprema Corte no exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 , em 5/10/2016.*
>
> ***3. O Superior Tribunal de Justiça também adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento, pela Sexta Turma, dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.***
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no HC 378.960/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 25/05/2017, grifei).

Assim, esgotadas as instâncias ordinárias, o que se verifica na

hipótese, não há óbice ao cumprimento provisório da pena privativa de liberdade.

Ilustrativamente, **a contrario sensu**:

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXAURIDAS. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *[...]*
>
> ***III - Na hipótese, não estão exauridas as vias recursais ordinárias, tendo-se em vista que houve a oposição de embargos declaratórios pela defesa, pendentes de julgamento, fato que impede, por enquanto, a aplicação do precedente fixado pelo col. Pretório Excelso.***
>
> *Ordem concedida para determinar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias."* (HC 428.816/MG, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJe 21/03/2018, grifei)

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELA CORTE ESTADUAL. DETERMINAÇÃO DE INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENDÊNCIA DE EXAME DOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS CONTRA O ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO APELO DEFENSIVO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA.*
>
> *1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44.*
>
> *2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não*

dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.

3. ***Na espécie, de acordo com as informações prestadas pelo Tribunal de origem, ainda estão pendentes de julgamento os embargos infringentes opostos contra o acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, o que impede a execução provisória das sanções impostas aos pacientes, à luz do que foi decidido pela Corte Suprema. Precedente do STJ.***

4. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, suspender a execução provisória das penas impostas aos pacientes até o esgotamento da jurisdição ordinária." (HC 424.949/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 06/04/2018, grifei)

Diante do exposto, não comprovadas **primo ictu oculi** quaisquer ilegalidades, **indefiro o pedido liminar**.

Solicitem-se, com urgência e via telegrama, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade apontada como coatora, bem como ao Juízo de 1º Grau.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. I.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator