HABEAS CORPUS Nº 493.585 - RN (2019/0043751-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO NORTE
ADVOGADOS	:	IGOR MELO ARAÚJO - RN005414 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PACIENTE	:	EDSON EXPEDITO FELIX JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de EDSON EXPEDITO FELIX JUNIOR, em face de v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 70 e no art. 157, § 3º, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal, às penas de **15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão**, mais ao pagamento de 7 dias-multa, em **regime inicial fechado** (fl. 33).

Dessa decisão a Defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido pelo Tribunal de Justiça, para reduzir a pena do corréu, mantendo os termos da condenação do ora paciente, em v. acórdão assim ementado:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO. ROUBO E LATROCÍNIO TENTADO (ART. 157, § 2º, I c II C/C ART. 70 E ART. 157, § 3º C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL), APELAÇÕES DEFENSIVAS. PRETENSA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO LATROCÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS RECORRENTES NO EVENTO DELITUOSO. PLEITO DO RECORRENTE EDSON DF. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE RECEPTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA PARTICIPAÇÃO NO ASSALTO. TESTEMUNHOS*

COESOS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DAS VÍTIMAS. PLEITO DE CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. POSSIBILIDADE PARCIAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DAS CONSEQÜÊNCIAS IX) CRIME INIDONEAMENTE FUNDAMENTADA. ACERTO DA FRAÇÃO PARA DIMINUIR A PENA DO LATROCÍNIO EM RAZÃO DA TENTATIVA. EFETIVA ANÁLISE DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. CONSONÂNCIA COM O PARECER DA Iª PROMOTORA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE NATAL. EM SUBSTITUIÇÃO LEGAL AO PRIMEIRO PROCURADOR DE JUSTIÇA" (fls. 35-36).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em linhas gerais, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal devido a sua prisão ter ocorrido antes do trânsito em julgado da ação penal.

Sustenta para tanto que "*O fumus boni iuris encontra-se configurado, pois, conforme já explicitado alhures,* ***o acolhimento das teses ventiladas no Recurso Especial interposto*** *modificará, de forma substancial, a pena aplicada ao caso concreto e, consequentemente, o seu regime inicial de cumprimento, fato que evidencia manifesto constrangimento legal experimentado pelo paciente, peso há exatos 03 anos 5 meses e 22 dias*" (fl. 12, grifei).

Requer, **a suspensão imediata dos efeitos da decisão que determinou a execução provisória da pena "***até que as questões apontadas venham a ser dirimidas pelo Superior Tribunal de Justiça"* (fl. 12).

A medida liminar foi **indeferida** à fl. 99.

As informações foram prestadas às fls. 104-149.

O d. Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 151-155, pela denegação do **writ**, em parecer assim ementado:

"Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento, nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 70, em concurso formal com o art. 157,

§ 3º, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal. Execução provisória da condenação após esgotadas as instâncias ordinárias. Determinação em consonância com o entendimento do STF, proferido no julgamento do ARE ¹ 964.246/SP, sob a sistemática da repercussão geral.

Parecer pelo não conhecimento do writ." (fl. 151).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no presente **mandamus**, no qual **requer o impetrante, em síntese, a suspensão imediata dos efeitos da decisão que determinou a execução provisória da pena do paciente.**

Todavia, **entendo que o writ não merece prosperar.**

No que concerne **à determinação de cumprimento provisório da pena, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, sob relatoria do em. Ministro Teori Zavascki, entendeu ser possível a execução das condenações a partir dos pronunciamentos proferidos em 2ª instância**, independentemente da interposição dos recursos de natureza extraordinária. Confira-se a ementa do aresto:

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. 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.***
> *2. Habeas corpus denegado".*

O entendimento foi sedimentado por ocasião do indeferimento das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44/STF e, mais uma vez, confirmado pelo Plenário do **Pretório Excelso**, no julgamento do **ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral**, no qual 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).

Com efeito, **nos recursos especial e extraordinário, a matéria de fato, ou seja, a apreciação a respeito do arcabouço probatório produzido no processo, e que geralmente, conduz à conclusão a respeito da materialidade e autoria do crime, é tema não devolvido à apreciação, seja do col. Supremo Tribunal Federal, quando julga o recurso extraordinário, seja do Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do recurso especial.**

Assentada a matéria de fato, pelas instâncias ordinárias, na sentença e/ou acórdão, torna-se inviável a discussão de tais questões nos recursos especial e extraordinário, os quais ficarão adstritos a eventual contrariedade da decisão à Constituição Federal ou à lei federal. E aqui, a presunção de que se deve cogitar é a de que a decisão recorrida, emanada de um Tribunal, esteja afinada com a lei e a Constituição.

De maneira que, sem nenhuma afronta ao princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência, a partir da decisão condenatória do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, é possível a execução da pena.

Assim, a excepcionalidade da situação é que ditará a possibilidade de suspensão dos efeitos do julgado, sendo, contudo, a sua produção, à guisa de execução provisória, a regra decorrente do julgamento condenatório proferido pelo segundo grau de jurisdição, como sucede na espécie.

Não há que se falar, portanto, em ofensa ao princípio da presunção de inocência, à coisa julgada, e tampouco em reformatio in pejus, quando o Tribunal de Justiça determina a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEMA 339/STF. NÃO OCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DE OUTROS TRIBUNAIS. TEMA 181/STF.* ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 925/STF.***
>
> *[...]*
>
> *3. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246, em regime de repercussão geral da matéria, decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência (Tema 925/STF).*
>
> *Agravo regimental improvido."* (AgRg no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 988.650/SC, **Corte Especial**, Rel. Min. **Humberto Martins**, DJe 27/10/2017)

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), 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.

2. 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.

3. Quanto à alegação de que não seria possível dar início à execução da pena, pois a sentença condenatória teria garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, tem-se que esta Corte firmou posicionamento no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação.

[...]

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para redimensionar a pena do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, e pagamento de 60 dias-multa, mantida a legalidade da execução imediata da pena privativa de liberdade." (HC 398.781/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 31/10/2017)

"HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. MAUS ANTECEDENTES. RECRUDESCIMENTO DO REGIME. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. 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).

2. 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.

3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus denegado." (HC 412.538/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 24/10/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DO ART. 37 DA LEI N.º 11.343/06. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126292, no sentido de 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. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada

simples pretensão de reforma.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no RHC 88.361/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 27/10/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO INEXISTENTE NO MOMENTO DA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS. VIA INADEQUADA PARA A CONCESSÃO DO REFERIDO EFEITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/16, 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.

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.

2. Evidenciado que no momento da impetração o recurso especial não havia sido interposto ainda, eis que pendente de julgamento embargos declaratórios opostos pela defesa, não há que se falar em concessão de efeito suspensivo a recurso inexistente.

3. O habeas corpus não é a via adequada para a concessão de efeito suspensivo a recurso especial. Precedentes desta Corte.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC 380.537/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 1º/8/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO DE CÓPIA DOS AUTOS E REMESSA À ORIGEM PARA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PROVIDÊNCIA EMBASADA NA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

> *ACERCA DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.*
>
> *1. Nos termos do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292, a determinação de imediato início do cumprimento da pena após a afirmação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias se revela consentânea com os princípios encartados na Constituição Federal, mormente em razão da ausência, em regra, de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária.*
>
> *2. Agravo regimental desprovido"* (AgR no REsp 1.604.256/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 1º/8/2017)

Desse modo, os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada, e não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

Frente a tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer ilegalidade na determinação de que o paciente inicie o cumprimento provisório da pena.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator