HABEAS CORPUS Nº 505.638 - SP (2019/0112908-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	FELIPE FONTES DOS REIS COSTA PIRES DE CAMPOS
ADVOGADO	:	FELIPE FONTES DOS REIS COSTA PIRES DE CAMPOS - SP223061
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CELSO RICARDO TORRES RODRIGUES
OUTRO NOME	:	CELSO RICARDO RODRIGUES FEIO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **CELSO RICARDO TORRES RODRIGUES** ou **CELSO RICARDO RODRIGUES FEIO**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso nos arts. 33, **caput**, e 35, c.c. o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma dos arts. 29 e 69, ambos do Código Penal, à pena total de 9 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado (fls. 12-48).

Narra, ainda, o impetrante que, em sede de apelação, a condenação do acusado foi integralmente mantida. Com isso, o d. Juízo de origem foi oficiado com a determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, tendo sido a ordem cumprida, conforme decisão de fl. 50.

Daí o presente **habeas corpus**, no qual a Defesa afirma, inicialmente, que *"o Tribunal a quo, arbitrariamente, emitiu ofício à vara de origem ordenando a expedição de mandado de prisão em desfavor do Paciente. Ressalte-se, sem disponibilizar o acórdão e tampouco remeter os autos à origem, não se olvidando que a decisão ainda se encontra sob a iminência de interposição de recurso"* (fl. 4).

Assevera que *"o Paciente permaneceu em liberdade durante toda a persecução penal, compareceu a todos os atos processuais sem causar nenhum embaraço à regular marcha da ação, logo, não se vislumbra qualquer motivo*

idôneo que dê azo à decretação da prisão sem que haja o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (fl. 4).

Aduz que *"cristalino está o constrangimento ilegal imposto ao Paciente frente ao inequívoco cerceamento à ampla defesa e violação à presunção de inocência, uma vez que além da decisão se postar contrária ao texto legal e à jurisprudência dominante, desafia à razoabilidade e a proporcionalidade da medida extrema, inviabilizando o exercício de direitos individuais garantidos constitucionalmente"* (fl. 6).

Assere, ainda, que *"em recentes julgados o Pretório Excelso vem reputando inidônea a fundamentação do decreto prisional lastreado apenas na decisão da Corte Suprema que em determinados casos autorizou a segregação corporal após julgamento em segunda instância"* (fl. 7).

Requer, por fim, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, *"suspendendo a decisão que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do Paciente"*, bem como que *"seja garantido ao Paciente o direito de aguardar em liberdade até o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória"* (fl. 11).

O pedido liminar foi parcialmente deferido às fls.57-59.

Informações prestadas às fls.63 e 65-131.

O Ministério Público Federal, à fl. 133, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ.**

É o relatório.

Decido.

Conforme relatado, busca-se, no presente **writ**, em um primeiro momento, a suspensão da decisão que determinou fosse expedido mandado de prisão em desfavor do paciente, sem esgotamento das instâncias ordinárias. No mais, pugna pela suspensão da execução provisória da pena até o trânsito em julgado da condenação.

No que tange à **suspensão da expedição de mandado de prisão**, **o pleito resta prejudicado**, uma vez que, das informações prestadas pelo eg. Tribunal de origem, confirma-se a informação de que *"Em 24 de abril último, diante dos informes da Defesa, o Relator determinou fosse expedido contramandado de prisão em favor da corré Elaine dos Santos Pereira ao Juízo a quo, ordenando a adoção do mesmo procedimento no tocante aos corréus que estivessem em idêntica situação, observada a possibilidade de início da execução da pena do réu que tivesse sua condenação confirmada em segunda instância, em consonância com o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal"*, afastando, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

Ademais, 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 n. 988.650/SC, **Corte Especial**, Rel. Min. **Humberto Martins**, DJe de 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 n. 398.781/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 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 n. 412.538/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 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 n. 88.361/PR, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 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 n. 380.537/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe de 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 n. 1.604.256/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2017).

No caso em apreço, como visto nas informações prestadas pelo eg. Tribunal estadual, diante da decisão de expedição de contramandado de prisão em favor do paciente, constata-se que **não houve esgotamento das instâncias**

ordinárias, não se aplicando, por ora, o precedente fixado pelo col. Pretório Excelso no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, referente à possibilidade de execução provisória da pena.

Ilustrativamente, cito o seguinte precedente desta col. **Quinta Turma**:

> *"HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MAJORADA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. Esta Corte Superior, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.*
>
> *2. No caso em debate, todavia, a determinação do cumprimento antecipado da pena do paciente decorre de acórdão proferido no julgamento da apelação, ao qual* ***foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Uma vez ainda não esgotada a jurisdição do Tribunal de origem, tal fato obsta a expedição de mandado de prisão para execução provisória da pena.*** *Precedentes.*
>
> *Ordem concedida, em parte, para, confirmando a liminar, determinar que o paciente aguarde, em liberdade, o esgotamento das vias recursais ordinárias, se por outro motivo não estiver preso"* (HC n. 390.582/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 3/5/2017).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem**, **de ofício**, **ratificando a liminar anteriormente deferida**, para confirmar a suspensão dos efeitos da execução provisória da pena determinada em face do paciente, até **o esgotamento das vias recursais ordinárias**.

P. I.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro **Felix Fischer**

Ministro