

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 534.230 - MG (2019/0279685-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : WASLEY CESAR DE VASCONCELOS
ADVOGADO : WASLEY CÉSAR DE VASCONCELOS - MG121939
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JOSE ALVES DE CARVALHO NETO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSE ALVES DE CARVALHO NETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0471.15.011020-6/001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito de tráfico de drogas, às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 350 dias-multa.

Irresignados com o referido *decisum*, o Ministério Público e a defesa interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça, sendo apenas o recurso ministerial provido para condenar o paciente, também, pelo delito de associação para o tráfico, além de afastar a causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, majorando a pena imposta para 11 anos, 2 meses e 5 dias de reclusão, em regime inicial fechado, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 1932):

EMENTA: APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – NECESSIDADE – AFASTAMENTO DA MAJORANTE – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO MINISTERIAL – AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO – NECESSIDADE – CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – DESCABIMENTO.

Ainda, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais opôs embargos de declaração para que o Tribunal revisor se manifestasse sobre a

Superior Tribunal de Justiça

execução provisória da pena, após esgotadas as vias recursais ordinárias. Assim, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de erro material e determinou a execução provisória da pena, em acórdão ementado da seguinte forma (e-STJ fl. 35):

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – INEXISTÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO – REJEIÇÃO – EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO – CABIMENTO - ERRO MATERIAL – CORREÇÃO. V. V. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO – IMPOSSIBILIDADE.

Não satisfeita, a defesa impetrou o presente *habeas corpus*, no qual alega, em síntese, que a autoridade coatora não poderia, sem qualquer fundamentação, determinar a *execução provisória da pena e consequente expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, sob a anêmica fundamentação “erro material” na omissão do acórdão em fundamentar a necessidade da prisão* (e-STJ fl. 10).

Nessa perspectiva, reforça que não obstante a *nova interpretação deste Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de início da execução penal após o julgamento de 2ª instância pelos Tribunais de Apelação, é certo que tal providência não pode ser aplicada indiscriminadamente a todos os casos, sob pena de se desprezar a realidade fática e processual de cada situação individualmente considerada* (e-STJ fl. 10).

Diante disso, pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem e expedição do respectivo contramandado de prisão e/ou alvará de soltura para que o paciente responda ao processo em liberdade até o trânsito em julgado.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 2.115/2.118).

O Ministério Público manifestou-se pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ fls. 2.150/2.155):

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório. Decido

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que julga a apelação é o recurso especial, consoante dispõe o art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. IMPEDIMENTO DO ADVOGADO QUE SUBSTABELECEU AO DEFENSOR QUE PATROCINOU O ACUSADO NO CURSO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DECISÃO QUE NÃO EXAMINOU A ALEGAÇÃO DE NULIDADE APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. INOVAÇÃO DA TESE DEFENSIVA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Em razão das peculiaridades das quais são revestidas as decisões do Tribunal do Júri, o efeito devolutivo do recurso de apelação é restrito aos fundamentos da sua interposição, previstos nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal.

(.....)

5. Agravo regimental desprovido.

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no HC 336.286/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. 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.

(.....)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 356.161/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise das teses suscitadas pela defesa, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão do paciente, determinada pelo Tribunal de origem, diante da manutenção de sua condenação pela prática do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 do

Superior Tribunal de Justiça

Código Penal, ao argumento de que tal medida não poderia ser decretada por meio de decisão que analisou os embargos de declaração opostos intempestivamente pelo Ministério Público Estadual.

Em outras palavras, a questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena, tendo em vista a manutenção, pelo Tribunal Revisor, da condenação imposta em primeira instância.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu

Superior Tribunal de Justiça

no presente caso. [...] (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao denegar a ordem no *Habeas Corpus* (HC) 126292, 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. Para o Relator do caso, Ministro TEORI ZAVASCKI, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

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. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/5/2016, publicado em 17/5/2016, g.n.).

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

No mesmo sentido, já decidiu a Corte Especial deste Tribunal:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. ART. 1.030, § 2º, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PRAZO RECURSAL NÃO INTERROMPIDO. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. Conforme previsão do artigo 1.030, § 2º, do Estatuto Processual Civil, é cabível agravo interno/regimental contra a decisão que negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional na qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Excelso Pretório exarado no regime de repercussão geral.

2. A interposição de agravo em recurso extraordinário em face de decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, evidencia a ocorrência de erro grosseiro, a impossibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal ao caso.

3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, verifica-se a ocorrência do trânsito em julgado da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

4. O Supremo Tribunal Federal entende que não viola a presunção constitucional de não culpabilidade a execução provisória da pena quando pendente recurso sem efeito suspensivo, como são os recursos extraordinário e especial, nos quais não há mais possibilidade de discussão acerca da matéria

Superior Tribunal de Justiça

de fato. Já decidiu também que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição iniciar a execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

5. Agravo em recurso extraordinário não conhecido, com determinação de remessa de cópia integral dos presentes autos ao Juízo de origem, para a adoção das providências cabíveis quanto ao pedido de execução provisória da pena.

(ARE no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1194589/AM, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/2018, DJe 04/02/2019)

Igualmente, vale a pena conferir os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS CRIANÇAS MENORES DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REPRESENTAÇÃO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CIÊNCIA DO ATO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. FORMALIDADE. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. HARMONIA COM DEMAIS PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO DO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DA RÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. FORMA SIMPLES. PENA READEQUADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DETERMINAÇÃO.

1. Não se verifica a decadência do direito de oferecer representação se, como na espécie, as representantes, tão logo souberam dos fatos delituosos - que ocorreram ao longo de todo o ano de 2003 e até maio de 2004 -, providenciaram, a tempo, o preenchimento de requisito de procedibilidade da persecução penal. A alegação de que o ato formal deu-se um ano após a ocorrência dos fatos não procede, dada a continuidade delitiva.

2. Afirmar que as representantes tiveram notícia dos atos a que foram submetidas as vítimas antes de quando foi considerado pelas instâncias ordinárias demandaria dilação probatória, o

Superior Tribunal de Justiça

que é impossível no exame do recurso especial, tendo em vista o teor da Súmula 7 do STJ.

3. Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal.

4. A inicial acusatória descreve as circunstâncias do crime, pois destaca que os recorrentes, utilizando-se da condição de Diretor Geral e Coordenador Pedagógico (e padre) e de Coordenadora Pedagógica da escola em que estudavam as crianças, aproveitaram para abusar delas sexualmente (e auxiliar no abuso, no caso da ré), conforme minuciosamente descrito.

5. Com a prolação de acórdão condenatório, fica esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia da denúncia.

6. A Corte estadual examinou, de forma pormenorizada e em decisão com muito maior amplitude, o acervo fático-probatório carreado aos autos, havendo formado sua convicção pela procedência da pretensão punitiva estatal, diante da aptidão da denúncia e de provas acerca da autoria e da materialidade do crime previsto no art. 214, c/c o art. 224, "a", por diversas vezes, em continuidade delitiva.

7. Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos.

8. Para se concluir pela absolvição dos réus, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

9. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.

10. A contravenção penal descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar alguém, de modo ofensivo ao pudor, o que não se aplica a crianças menores de 14 anos.

11. A prática de crime sexual contra crianças por agentes cuja formação profissional é voltada para a educação desses infantes

Superior Tribunal de Justiça

engendra maior reprovabilidade da conduta, a justificar a majoração da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade.

12. É incontroversa a pluralidade de vezes com que os recorrentes praticavam suas investidas contra as vítimas, não sendo necessária indicação exata das datas em que ocorreram.

13. Esta Corte Superior entende que, nas hipóteses de crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, não incide a regra da continuidade delitiva específica.

14. Não se verifica a nulidade por ausência de fundamentação ou por omissão do acórdão recorrido, pois, ainda que de forma sucinta, expressamente, manifestou-se sobre as todas teses defensivas postas na apelação, tidas como não explicitadas.

15. A Sexta Turma desta Corte Superior decidiu, ao apreciar os EDcl nos REspS n. 1.484.413/DF e 1.484.415/DF (DJe 14/4/2016), de minha relatoria, que, nas hipóteses em que não for conferido efeito suspensivo ao recurso especial, mantida a condenação do réu, deve ser determinado o início da execução provisória das penas impostas.

16. Recurso especial conhecido e não provido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a ilegalidade quanto à aplicação da continuidade delitiva específica e reduzir as penas dos réus.

Execução provisória determinada.

(REsp 1273776/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016).

Na espécie, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, majorando a pena imposta em primeiro grau ao patamar de 11 anos, 2 meses e 5 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e determinou, após nova provocação do Ministério Público, a expedição do mandado de prisão em desfavor do paciente (e-STJ fls. 35).

Assim, 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

Superior Tribunal de Justiça

da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

Em suma, em atenção ao que decidido pelo STF, este Superior Tribunal passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de *reformatio in pejus* e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, 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 (HC n. 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe 22/9/2016 e HC n. 360.586/RS, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 6/9/2016).

Ademais, a execução provisória da pena é tratada como decorrência lógica do esgotamento das vias recursais ordinárias, podendo ser determinada de ofício tanto pelo juízo de primeiro grau quanto pelo Tribunal responsável pelo acórdão condenatório.

Inexiste, portanto, flagrante ilegalidade hábil a permitir a concessão da ordem, de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, XX, do RISJT, **não conheço** o presente writ.

Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator