

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 451.802 - MG (2018/0125390-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : WYLLERSON BALMANT DE PAULA
ADVOGADO : WYLLERSON BALMANT DE PAULA - MG066545
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : A G R

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de A G R, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nos (Embargos de Declaração na Apelação criminal n. 1.0687.09.078371-7/002).

O paciente foi absolvido da prática do delito de violação sexual de menor mediante fraude, em concurso de pessoas (art. 214, c/c 224, "a", e 226, II, do Código Penal), com fundamento no art. 386, II e VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a r. sentença absolutória, o órgão ministerial interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça, pugnando pela condenação do acusado como incurso nas sanções do art. 214, c/c 224, "a", e 226, II, do CP por entender comprovadas a materialidade e a autoria dos delitos. O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, vencido em parte o relator, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA MENOR DE QUATORZE (14) ANOS - RECURSO MINISTERIAL - PEDIDO DE CONDENAÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DECLARAÇÕES DA VÍTIMA EM SINTONIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. RECURSO PROVIDO. Restando comprovadas a materialidade e a autoria do delito contra os costumes (ou de acordo com a nomenclatura contemporânea, do "crime contra a dignidade sexual), impõe-se a condenação do agente, sobretudo quando as declarações firmes e seguras da vítima se encontrarem em sintonia com os demais elementos de convicção do processo ou ainda, quando não houver subsídios para se afirmar que a ofendida esteja, de alguma forma, predisposta a inculpar um inocente. (Dos. Rubens Gabriel Soares).

EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO E DA GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA - VIABILIDADE APÓS O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS EM 2º GRAU - Somente após os esgotamentos dos recursos em 2º Grau, devem ser expedidos o mandado de prisão e a guia do execução provisória do condenado. (Pes. Furtado de Mendonça).

Superior Tribunal de Justiça

A defesa opôs embargos de declaração, que restaram rejeitados.

Agora impetra a presente medida nesta Corte sustentando nulidade absoluta da ação penal, aduzindo, em síntese, que não foram analisadas em primeira instância as teses arguidas em preliminar e com a condenação em segunda instância não poderia haver supressão de instância. Ressalta as circunstâncias pessoais favoráveis do paciente e que ele sofre problemas de saúde.

Requer, em liminar e no mérito, que se revogue a prisão provisória decretada em desfavor do paciente para que responda em liberdade o processo criminal.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Inicialmente, quanto ao pleito de revogação da custódia preventiva, 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 esgotamento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade.

Esta egrégia Corte de Justiça, por sua vez, também adotou o aludido posicionamento, mormente a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, cujo brilhante voto sintetiza a *quaestio* em debate conforme se verifica dos trechos a seguir transcritos:

Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente

Superior Tribunal de Justiça

ancorada na realidade. Assim especifica, verbis:

(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, é necessário uma validade prática" (Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.).

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

[...]

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, tamanha elasticidade quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o remédio heroico, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em “sub-rogado universal das impugnações recursais”, do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do writ – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.

Certo é que, em decorrência dessa plethora de meios impugnativos, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma infundável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos – o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do ius puniendi do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, “papel decisivo nessa rearrumação”.

Superior Tribunal de Justiça

Quicá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou posituação na Carta de 1988, o **princípio da duração razoável do processo** (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) sugere que **sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal**, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o Bill of Rights, **mas também à parte contrária**, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

[...]

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, **preservado o núcleo essencial dessa garantia**, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o **salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas.**

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar **interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes**. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, **as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo** (GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale giusto*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).

Acrescente-se ainda, que em 5.10.2016, o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do pedido de liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, reafirmou o entendimento de ser possível a execução da pena após a condenação em segunda instância.

Superior Tribunal de Justiça

No caso em debate, o impetrante se insurge contra o julgamento do recurso de apelação que condenou o réu e determinou o início da execução. Contra esse acórdão, foi interposto Embargos de declaração que restaram desprovidos e recurso especial, não admitido na origem. O Agravo em recurso especial foi inadmitido por decisão de minha lavra, pendente o julgamento do Agravo Regimental (AResp n. 1.407.744/MG).

Dessa forma, tendo em vista a nova orientação perfilhada tanto pela Suprema Corte quanto por este Superior Tribunal de Justiça, o julgamento da apelação esvazia o objeto do presente *habeas corpus* acerca da custódia cautelar. A restrição da liberdade do ora recorrente decorre, agora, do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias.

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC n. 342.782/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/3/2016; HC n. 352.543/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 30/3/2016; HC n. 348.190/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/3/2016 e HC 352.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 30/3/2016.

Dessa forma, não há falar em constrangimento ilegal na decisão que determinou a execução provisória da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias.

Em relação ao pleito de reconhecimento de nulidade por supressão de instância na análise da tese preliminar relativa à ausência de representação, melhor sorte não socorre ao paciente.

No AResp n. 1.407.744/MG proferi decisão admitindo o agravo em recurso especial e não conhecendo do recurso especial, da qual extraio o seguinte trecho:

Cumprе destacar também que a análise da decadência pelo Tribunal de origem foi feita de ofício, após rechaçar a inovação recursal em sede de embargos de declaração, consoante disposto no art. 61 do CPP, eis que matéria de ordem pública. Cito o trecho:

Assim, depreende-se que a Defesa do Embargante ALAOR GUIMARÃES RIBEIRO está, na realidade, invocando tese que não foi, em momento algum, suscitada perante esta Sexta (6ª) Câmara Criminal, circunstância que caracteriza inovação de argumentos (e não omissão no julgado).

De qualquer forma, ainda que assim não fosse, apenas a título argumentativo (por ser de natureza processual - isto é, de ordem pública - a nova tese suscitada pela parte Embargante), permito-me repeli-la neste momento processual, porque seria, nem mesmo, o caso de se reconhecer a alegada decadência.

A decadência consiste na perda do direito de ação, pelo ofendido, em razão da sua inércia dentro de um

Superior Tribunal de Justiça

pré-determinado período de tempo Trata-se, portanto, de instituto que afeta a procedibilidade da ação penal, e que, uma vez caracterizado, tem como consequência a extinção da punibilidade do agente, nos termos do que dispõe o art. 107, inc. IV, do Código Penal (fl. 482).

Logo, se o Tribunal de origem agiu de ofício, não há que se falar em observância de supressão de instância. Cito precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEPÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA FORMA RETROATIVA. ARTIGOS 109, V, E 110, § 1.º, DO CP. OCORRÊNCIA. PEDIDO NÃO ANALISADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O pedido de prescrição não foi analisado pelo Tribunal a quo, que não conheceu o prévio writ em razão de estar insuficientemente instruído, o que impediria a sua análise por esta Corte, sob pena de configurar supressão de instância.

No entanto, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, a extinção da punibilidade pode ser reconhecida e declarada em qualquer fase do processo, circunstância que permite a concessão de habeas corpus de ofício.

[...]

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 195.299/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 03/05/2012).

Assim, diante de inadmissível reiteração de pedidos, resta obstaculizado o conhecimento deste *mandamus*, já tendo a questão sido decidida em sede de Agravo em Recurso Especial, pendente, o regimental.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. REITERAÇÃO DE PEDIDO FORMULADO NO RHC N. 42.510/RJ.

MANIFESTAÇÃO DO COLEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O presente recurso é mera reiteração do pedido já formulado e decidido, nos autos do RHC n. 42.510/RJ, pela col. Quinta Turma.

Superior Tribunal de Justiça

II - Observa-se do termo de recebimento e autuação que ambos os processos possuem o mesmo número de origem, além de aduzirem os mesmos argumentos e formularem idênticos pedidos.

Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 42.638/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2014).

Dessa forma, inexistente flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração. Publique-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator