

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 456.242 - SP (2018/0155761-2)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : MARCELO CYPRIANO E OUTRO
ADVOGADOS : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA - SP198437
MARCELO CYPRIANO - SP326669
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDINES BENEDITO DE FARIA
PACIENTE : MAURILIO FERREIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de VALDINES BENEDITO DE FARIA e MAURILIO FERREIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que a condenação imposta aos pacientes foi mantida em segundo grau. O primeiro paciente foi condenado à pena de 7 anos e 8 meses de reclusão, no regime fechado. O segundo, a 4 anos e 8 meses de reclusão, também no regime fechado.

Daí a presente impetração, na qual a defesa se insurge contra a possibilidade de execução provisória da pena. Além disso, aponta a atipicidade das condutas relativas aos crimes de posse ilegal de arma de fogo e de falsidade ideológica.

Requer, liminarmente, seja garantido aos pacientes o direito de permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 315/316.

Informações prestadas às e-STJ fls. 319/343.

Parecer ministerial pelo não conhecimento da impetração, nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 347):

HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA.CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO DA TESE DEFENSIVA.PRECEDENTES DESSA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A matéria do presente habeas corpus já foi apreciada pelo Exmo. Ministro Relator no HC 413.727/SP.

Superior Tribunal de Justiça

2. O Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292-SP, bem como no julgamento das medidas cautelares de nº ADCs nº 43 e 44, decidiu no sentido da legalidade da execução provisória aos condenados em segundo grau de jurisdição. Embargos de declaração opostos pela defesa julgados. Exaurimento das instâncias ordinárias.

3. O Ministério Público Federal manifesta-se pelo não conhecimento da impetração.

É, em síntese, o relatório.

Conforme consta do relatório formulado pelo Tribunal de origem, a apelação defensiva limitou-se ao seguinte (e-STJ fl. 259):

Inconformados, os inculcados, ofereceu, a D. Defesa, recursos de apelação, aduzindo preliminares de nulidade do feito por cerceamento de defesa decorrente de indeferimento do pleito de degravação de mídias digitais apresentadas pela Defesa e por ausência de apreensão e perícia da arma de fogo. No mérito, em síntese, postulou-se a absolvição.

Nessa tessitura, verifico que da questão referente à atipicidade das condutas relativas aos crimes de posse ilegal de arma de fogo e de falsidade ideológica não pode conhecer esta Corte, tendo em vista a falta de manifestação do Tribunal de origem sobre o tema.

Assim, fica impossibilitada a manifestação deste Sodalício, sobrepujando a competência da Corte estadual, sob pena de configuração do chamado *habeas corpus per saltum*, a ensejar verdadeira supressão de instância e violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal substancial.

Ao discorrer sobre o tema, BRASILEIRO vaticina com clareza que se revela "*inviável, portanto, o pedido de julgamento de habeas corpus per saltum, ou seja, o julgamento do remédio heroico pelas instâncias superiores sem prévia provocação das instâncias inferiores acerca do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, sob pena de verdadeira supressão de instância e consequente violação do princípio do duplo grau de jurisdição*" (LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: ed. JusPodivm, 2016, p. 2.470).

Superior Tribunal de Justiça

Percebe-se a incompetência desta Corte Superior para o processamento e julgamento deste *writ*, já que inexistente ato a ser imputado à autoridade coatora, nos termos do art. 105, I, alínea "c", da Constituição Federal, bem como do art. 13, I, alínea "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DO PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA PARTE, CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não é possível a cognição do writ por este Sodalício quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob pena de indevida supressão de instância, porquanto não foi objeto de análise pelo Tribunal estadual.

[...]

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido, em menor extensão, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente. (HC 398.456/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJE 01/08/2017.)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 15 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 12.850/2013. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER ACOLHIDO.

[...]

3. A questão da inépcia da peça acusatória, assim como do trancamento da ação penal, não foi objeto de apreciação pela Corte estadual quando do julgamento do writ originário. Assim, a análise pelo Superior Tribunal de Justiça implicaria indevida supressão de instância.

4. Ordem denegada. (HC 379.867/PI, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017.)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO

Superior Tribunal de Justiça

DE RECURSO PRÓPRIO. [...] SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

10. O direito de recorrer em liberdade não foi objeto de discussão pela Corte de origem, motivo pelo qual se evidencia a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar o aludido tema posto no writ e a consequente supressão de instância.

[...] (HC 278.542/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TORTURA. NULIDADE DECORRENTE DO FATO DE O ADVOGADO DO PACIENTE, AO FINAL DA AÇÃO PENAL, TER PASSADO À CONDIÇÃO DE ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. As alegações de nulidade decorrente do fato de o advogado do paciente, ao final da ação penal, ter passado à condição de assistente da acusação não foi enfrentada no acórdão combatido, o que impede a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

[...] (HC 272.125/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016.)

No mesmo sentido, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Delito de vias de fato e violação de domicílio (art. 21, caput, do Decreto-Lei n. 3.688/41 e art. 150, § 1º, do Código Penal) 3. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Matéria não examinada nas instâncias anteriores. Supressão de instância. A extinção da ação penal de forma prematura somente é possível em situação de manifesta ilegalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 133.585 AgR, relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 1º/08/2016.)

Outrossim, quanto à execução da pena, a nova orientação consolidada

Superior Tribunal de Justiça

pelo Supremo Tribunal Federal é a de possibilitar a execução provisória de acórdão condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016).

Sobre o tema, no julgamento do HC n. 126.292/SP, o STF deixou assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada pelo Tribunal de segundo grau "não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

Essa orientação foi adotada pela Corte Especial deste Tribunal, conforme evidencia a ementa a seguir transcrita:

Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo. (QO na APn 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe 26/4/2016, grifei.)

Na mesma senda as Turmas que compõem a Terceira Seção:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/1990. APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no

Superior Tribunal de Justiça

juízo do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, 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. Não há falar em reformatio in pejus diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem denegada. (HC 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO MANTIDA EM ACÓRDÃO QUE CONFIRMA CONDENAÇÃO. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. De acordo com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/MG, prolatado julgamento condenatório por Tribunal de apelação, e na pendência de recursos especial ou extraordinário sem efeitos suspensivos concedidos, não há que se falar em ilegalidade da execução provisória da pena a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Habeas corpus denegado, e revogada a liminar anteriormente deferida. (HC 311.433/ES, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016.)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. 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.

2. 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).

Superior Tribunal de Justiça

3. 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. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. Habeas Corpus não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal. (HC 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016.)

Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, transcrevo recente decisão proferida pela Sexta Turma desta Casa, sumariada no Informativo de Jurisprudência n. 595, de 15/2/2017, relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz:

Cinge-se a controvérsia analisar hipótese de exceção ao entendimento trazido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246-SP, sob o regime de repercussão geral, acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão de segundo grau e antes do trânsito em julgado da condenação. De acordo com o hodierno entendimento, os arts. 637 do CPP c/c os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuírem efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido ou confirmado por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Na hipótese, contudo, há peculiaridade a ser observada. O Juiz de primeiro grau concedeu à ré, na sentença penal condenatória, o direito de recorrer em liberdade, por não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, e, em consulta eletrônica, é possível identificar que não houve prévio esgotamento da jurisdição do Tribunal, pois há registro de interposição de Embargos de Declaração ainda não julgado. Como o acórdão condenatório é passível de integração e não há, ainda, pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça passível de ser impugnado por meio de recurso especial e de recurso extraordinário, deve ser afastada a possibilidade de execução das penas impostas. Não se olvida que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e apenas interrompem o prazo para a interposição dos recursos cabíveis. No entanto, dada a falibilidade que é característica do ser humano, excepcionalmente, existe a possibilidade de atribuir efeito infringente aos aclaratórios. Assim, em casos de réus que responderam a ação penal ou recorreram da sentença condenatória

Superior Tribunal de Justiça

em liberdade, soa desarrazoado determinar a prisão de forma automática, antes de possibilitar a integração do acórdão, quer para sanar eventuais vícios ou para afastá-los, sendo prudente aguardar-se a confirmação da condenação, em última análise, pelo Tribunal de Justiça (grifei).

Na espécie, informações extraídas no sítio eletrônico do Tribunal de origem noticiam o esgotamento da jurisdição de segundo grau, tendo sido certificado o trânsito em julgado, de modo que inexistente o constrangimento ilegal sustentado.

Nesse palmilhar, reputo inexistir razão plausível para que se suspenda a execução provisória da pena imposta aos pacientes.

À vista do exposto, **conheço parcialmente do presente habeas corpus e, na parte conhecida, denego a ordem.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator