

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 545.925 - GO (2019/0342883-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : **ADOLFO KENNEDY MARQUES JUNIOR**  
**ADVOGADO** : **ADOLFO KENNEDY MARQUES JUNIOR - GO036543**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS**  
**PACIENTE** : **S M DOS S (PRESO)**  
**INTERES.** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de S. M. dos S. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Apelação n. 206784-89.2013.8.09.0175).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no artigo 217-A, c/c os artigos 226, inciso II e 71, todos do Código Penal. Encerrada a instrução criminal, o réu foi condenado em **28/5/2016** a cumprir pena no regime inicial fechado, **assegurado o direito de recorrer da sentença em liberdade.**

A defesa recorreu da sentença e o Tribunal revisor, em julgamento realizado no dia **30/3/2017**, deu parcial provimento apenas para reduzir o aumento da pena-base de 2/3 para 1/2, fixando a sanção em 19 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão. Ainda, a Corte estadual determinou o imediato início da execução da pena, após o encerramento do referido grau de jurisdição, restando o acórdão assim ementado (e-STJ fls. 27/29):

**EMENTA:** *ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE 1 - Não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, quando dos autos restarem suficientemente comprovadas a autoria e a materialidade do delito, diante dos depoimentos jurisdicionalizados da vítima, de sua genitora e de testemunhas. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INVIABILIDADE. 2 - Se o ato libidinoso foi praticado com o intuito de satisfação da lascívia, notadamente porque não se limitou a toques superficiais e fugazes, mas sim e ações concretas, torna-se inviável a*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*desclassificação do delito de estupro para o crime de constrangimento ilegal, mormente este ser considerado delito subsidiário. REDUÇÃO DA PENA-BASE. VIABILIDADE. 3 - Averiguando que somente as consequências se estenderam além do normalmente observado para os crimes desta espécie, deve ser reduzida a pena-base para montante mais próximo do mínimo legal.*

*CONTINUIDADE DELITIVA. ESCOLHA DA FRAÇÃO. CRIME PRATICADO DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. 4 - Comprovada a ocorrência de abusos sexuais, de forma reiterada, por diversas vezes, não se mostra razoável exigir a quantificação dos crimes a fim de fixar a fração da continuidade delitiva em patamar diverso do máximo legal. Precedentes do STF e STJ. DETERMINAÇÃO PARA EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. 5 - A manutenção da condenação e do regime inicial fechado por esta Corte impõe a relativização do princípio da presunção de inocência em razão de encerrar a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, devendo, portanto, ser expedido o mandado de prisão e iniciada a execução provisória da pena. Recente precedente do STF (ADCs n.ºs 43 e 44). APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO SOMENTE PARA REDUZIR A PENA-BASE.*

A defesa impetrou o presente *habeas corpus*, no qual alega, em síntese, a impossibilidade de execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Argumenta que a Suprema Corte, em sessão realizada no dia 7/11/2019, por maioria de votos, decidiu pela vedação da exceção provisória da penal antes do trânsito em julgado.

Assevera que a prisão do paciente ocorreu no dia **17/8/2017**, ressaltando que o réu (de 60 anos, é primário, com emprego lícito) se encontra preso, cumprindo provisoriamente a pena há dois anos e três meses.

Além disso, afirma não haver motivos para a prisão cautelar, com base nas hipóteses do art. 312 do CPP e que o próprio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 478.088, teria reconhecido a legalidade da situação prisional do paciente.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Diante disso, pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão da ordem para que o paciente responda ao processo em liberdade até o trânsito em julgado.

É o relatório. **Decido.**

Busca-se, no caso, obstar a determinação de execução provisória da pena após o encerramento do julgamento perante as instâncias ordinárias, contida no acórdão que julgou a apelação defensiva (e-STJ fl. 29).

O paciente foi condenado à pena de 19 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, determinando-se a expedição de mandado de prisão e o imediato início da execução provisória da sanção imposta após o julgamento da apelação.

Efetivamente, esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotado a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292:

*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 n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, DJe 17/5/2016).*

Vale lembrar que, para o Relator do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Ministro Teori Zavaski, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerrava a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena.

Porém, o Tribunal Pleno do STF, em 7/11/2019, por maioria, revendo o entendimento proferido na Repercussão Geral no ARE n. 964246, Tema

# *Superior Tribunal de Justiça*

925 , julgou procedente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, decidindo pela constitucionalidade da regra do art. 283 do Código de Processo Penal que prevê a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início do cumprimento da pena, por estar em consonância com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como se extrai do portal de notícias do STF:

*[...], por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. Nesta quinta-feira (7), a Corte concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>);*

No referido julgamento, salientou-se que não há vedação da prisão antes do esgotamento dos recursos, mas se estabeleceu a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – *para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.*

Portanto, prevalece agora o entendimento de que **a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação viola o princípio constitucional da presunção de inocência**, e a prisão, antes do esgotamento dos recursos, somente poderá ser efetivada em caráter cautelar, de forma individualizada, com a demonstração da presença dos requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal.

No caso, ao proferir a sentença condenatória, **em 28/3/2016**, foi assegurado ao paciente o direito de recorrer da sentença em liberdade (e-STJ fl. 43, *grifei*):

# *Superior Tribunal de Justiça*

***Concedo ao sentenciado o direito de aguardar o transito em julgado em liberdade, haja vista a ausência de requisitos para sua custódia cautelar (art. 312, CPP).***

*Após o transito em julgado, expeça-se a guia de recolhimento em nome do sentenciado, encaminhando-a à Vara de Execuções Penais, para os devidos fins.*

Ao julgar o recurso de apelação, **em 30/3/2017**, o Tribunal determinou a execução provisória (e-STJ fl. 29):

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de APELAÇÃO CRIMINAL N. 206784-89.2013.8.09.0175 (201392067847), acordam os componentes da Quarta Turma, de sua Primeira Câmara Criminal, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, acolhendo o parecer Ministerial de Cúpula, em conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento para reduzir a pena-base aplicada, porém diante da manutenção do regime inicial fechado, determinar o imediato início da execução provisória da pena com a expedição do mandado de prisão em desfavor de Sebastião Matos dos Santos, a ser encaminhado ao Juízo de origem, nos termos do voto da relatora.*

Ocorre que a questão da possibilidade ou não de execução provisória da pena do paciente já foi examinada por esta Corte. A Quinta Turma, em **19/2/2019**, reconheceu não haver ilegalidade na execução provisória da pena imposta ao paciente, como se verifica da ementa do HC 478.088/GO:

***HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENCERRAMENTO DO JULGAMENTO PERANTE AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. LEI PENAL NO TEMPO. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPROVAÇÃO DA DATA DO ENCERRAMENTO DOS ATOS LIBIDINOSOS. MATÉRIA DE PROVA. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO OBSERVADO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA***

**CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

**1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.**

**2. A pretensão de reconhecimento da inocência do acusado é providência notoriamente incompatível com a estreita via do habeas corpus ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório.**

**3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu 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 (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016). Tese confirmada pelo Pleno da Corte Suprema, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs ns. 43 e 44), na sessão do dia 5/10/2016. Interpretação conforme a Constituição, dada pelo STF, ao art. 283 do CPP. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator.**

**4. Na espécie, 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, porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias, bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado. Precedentes do STJ.**

**5. Diante da guinada jurisprudencial do STF não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar.**

**6. A alegação de que a pena foi aplicada com base em lei mais gravosa do que a vigente na data dos fatos não foi objeto de análise no âmbito do recurso de apelação, de modo que a apreciação, diretamente por esta Corte, configuraria indevida supressão de instância.**

**7. Ademais, mostra-se possível, ao menos em tese, a aplicação das modificações aos crimes sexuais advindas da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, em hipótese na qual se relata que a vítima rompeu contato com o paciente quando tinha 11 anos,**

*ou seja, período entre maio de 2009 e maio de 2010 - em plena vigência da lei nova -, reforçando-se a matéria pela referência temporal ao rompimento do relacionamento entre o paciente e a mãe da vítima, definida como ocorrida, de fato, no ano de 2010. Assim, não é possível afirmar, categoricamente, que as violências sexuais cessaram antes da superveniência da modificação trazida ao Código Penal pela Lei nº 12.015/09. Para dirimir tal dúvida, seria necessária profunda incursão no contexto fático probatório o que não coaduna com o presente rito.*

*8. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.*

*9. Na hipótese, foi apresentada fundamentação robusta para aplicação do patamar de 2/3 na sentença condenatória, mas, com o fim de evitar condenação excessiva, tal fração foi reduzida para metade pelo Tribunal. Não é razoável a redução ainda maior, para o mínimo legal (1/6), tendo em vista as circunstâncias narradas, em que os atos libidinosos foram praticados reiteradamente durante um período de cerca de 4 anos.*

*10. O Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 621, que "a revisão de processos findos será admitida: (...)", locução que evidencia a indispensabilidade do prévio trânsito em julgado da sentença condenatória para o ajuizamento da revisão criminal. De fato, o art. 625, § 1º, do mesmo diploma, estabelece como requisito para a propositura a instrução da petição inicial com "a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as [demais] peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos".*

*11. "Diante da existência de previsão legal acerca da necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória, como pressuposto de admissibilidade da revisão, não há falar em aplicação, por analogia, dos julgados do STF, no que se refere à possibilidade de execução provisória, após condenação em 2ª instância, por se tratarem de institutos distintos." (AgRg no HC 465.900/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 11/10/2018).*

*12. Ordem não conhecida.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

Como visto, não havia, à época, constrangimento ilegal na determinação da prisão. Ademais, não há provas nos autos atestando, de plano, a existência de recursos pendentes de julgamento ou que ainda não foi certificado o trânsito em julgado da condenação.

Por último, levando em conta as alegações da inicial e diante da alteração jurisprudencial superveniente, cabe à defesa se dirigir às instâncias ordinárias para que avaliem o pleito à luz da nova diretriz da Suprema Corte acerca do tema.

Ante o exposto, com base no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro liminarmente** o pedido.

Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator