

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 145.953 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

PACTE.(S) : **M.M.V.C.**

IMPTE.(S) : **THIAGO NAGIB DIAS BARBOSA**

COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que negou provimento ao Agravo Regimental no HC 365.846/RJ, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão e de 11 meses de detenção, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 1º, I, alínea a, combinado com o § 4º, II, da Lei 9.455/1997 e 129 do Código Penal, em concurso material (art. 69 do CP), com direito de apelar em liberdade (documento eletrônico 12).

Inconformada, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ, que deu parcial provimento ao recurso, para readequar a pena do acusado em relação ao crime da Lei 9.455/1997, reduzindo-a para 4 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mantida, no mais, a sentença. Na mesma assentada, a Corte Estadual determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente (documentos eletrônicos 9 a 11). O impetrante relata, outrossim, que foram interpostos recursos especial e extraordinário, sem informar, contudo, o atual andamento processual desses apelos (fl. 3 da petição inicial).

Buscando impedir o início do cumprimento da pena do paciente, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Relator deferiu o pedido de liminar, “para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito do presente *writ*, salvo prisão por outro motivo, superveniência do trânsito em julgado da condenação ou de fatos novos que autorizem a decretação da custódia cautelar” (documento eletrônico 6).

Depois de instruído o processo com as informações e o parecer Ministerial, aquele Magistrado, com base na jurisprudência do STJ e desta Suprema Corte, denegou a ordem de *habeas corpus* e cassou a liminar antes deferida (documento eletrônico 5).

Inconformada, a defesa interpôs agravo regimental, que foi improvido (documento eletrônico 2), em acórdão assim ementado:

“[...]”

1. Consoante a jurisprudência assente deste Superior Tribunal, a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do HC n. 126.292/SP, julgado no dia 17/2/2016, impôs a possibilidade efetiva de se determinar o início da execução da pena antes do seu trânsito em julgado quando pendente apenas recurso especial ou extraordinário.

2. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido”.

É contra essa decisão que se insurge o impetrante neste *habeas corpus*.

Alega, em síntese, que, “apesar de haver RECURSO APENAS POR PARTE DA DEFESA, o juízo de segundo grau, mandou que se expedisse o mandado de prisão em desfavor do agravante, sem informar o motivo pelo qual discordou da sentença, ou seja, sem fundamentar sua decisão”, o que caracteriza *reformatio in pejus* (fl. 4 da petição inicial).

Registra, ademais, que “o juízo de piso, durante o processo, concedeu liberdade provisória ao paciente, impondo medidas cautelares, o que vem sendo cumprido rigorosamente pelo paciente” (fl. 7 da petição inicial).

Requer, ao final, liminarmente, seja concedido ao paciente o direito de continuar respondendo ao processo em liberdade, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, com a imediata suspensão do cumprimento do mandado de prisão expedido (fl. 7 da petição inicial).

É o relatório. Decido o pedido de liminar.

A concessão de liminar em *habeas corpus* se dá de forma excepcional, nas hipóteses em que se demonstre, de modo inequívoco, dada a natureza do próprio pedido, a presença dos requisitos autorizadores da medida.

No caso dos autos, verifico a presença da plausibilidade jurídica necessária para o deferimento do pleito de urgência.

Para tanto, devo ressaltar que, nos autos do HC 140.217/DF, de minha relatoria, deferi medida liminar para suspender a execução provisória da pena de indivíduo, por constatar a excepcionalidade daquela situação, utilizando os seguintes fundamentos:

“A impetração funda-se na suposta violação da coisa julgada de parte da sentença condenatória que teria assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Alega-se, dessa forma, que, como esse aspecto não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público, e, portanto, na segunda instância, o paciente teria direito de recorrer em liberdade, porquanto tal situação implicaria a formação da coisa julgada no ponto.

É que, na sentença, determinou-se ‘aos réus o direito de recorrerem [...] em liberdade, uma vez que, a despeito da gravidade dos delitos praticados, não se encontram segregados provisoriamente pelo presente feito, pois ausentes os

pressupostos da prisão preventiva' (pág. 17 do documento eletrônico 2).

E, no acórdão, o recurso dos réus foi conhecido e parcialmente provido para afastar a pena de multa, sendo o do *Parquet* também parcialmente provido, apenas para 'decretar a perda do cargo público de auditor tributário do primeiro e da segunda apelantes e para estabelecer o regime semiaberto de cumprimento da pena privativa de liberdade a todos os réus' (pág. 8 do documento eletrônico 4).

Em seguida, o Ministério Público, tendo em conta a decisão deste Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki – que afirmou a possibilidade do início da execução da pena após condenação em segunda instância –, entendeu haver razão para peticionar ao juízo de primeiro grau e requerer a prisão do paciente, no que foi atendido.

Vê-se, portanto, que a situação dos autos é teratológica, uma vez que, em decorrência de uma petição incidental do Parquet, o juízo utilizou-se de uma forma imprópria para modificar a fundamentação do acórdão, valendo-se de expediente não agasalhado pela legislação processual penal, o que configura, *mutatis mutandis*, uma *reformatio in pejus*, vedada pelo art. 617 do Código de Processo Penal.

Com efeito, tal capítulo da sentença não foi objeto de reforma pelo Tribunal de Justiça, não havendo falar, agora, em possibilidade de alterar-se uma decisão judicial, ainda pendente de recurso nos tribunais superiores, sem que tal se dê pela via processual apropriada, pela simples razão de o Supremo Tribunal ter alterado a sua jurisprudência no tocante ao tema da execução provisória da pena, ainda não confirmada em julgamento de mérito pelo Plenário - cumpre registrar - de modo a dotá-lo de efeito *erga omnes* e força vinculante.

Para prender um cidadão é preciso mais do que o simples acatamento de uma petição ministerial protocolada em primeiro grau, sobretudo quando estão em jogo valores essenciais à própria existência do Estado Democrático de Direito como a liberdade e o devido processo legal.

A determinação de que a condenação seria executada apenas após o trânsito em julgado faz parte das decisões

pretorianas prolatadas em primeiro e segundo graus de jurisdição, as quais em nenhum momento foram atacadas, no ponto, pelos meios processuais adequados. Trânsito em julgado difere substancialmente – como é óbvio – de julgamento em segundo grau. A vontade do magistrado singular e dos juízes que integraram o colegiado recursal manifestaram, explícita e também implicitamente, a vontade de que a primeira das duas hipóteses regesse a eventual prisão do paciente.

A antecipação do cumprimento da pena, no caso singular sob exame, somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar” (grifei).

No caso sob exame, igualmente, ficou consignado no dispositivo da sentença que o paciente poderia apelar em liberdade – comando que, a meu ver, não pode ser interpretado restritivamente, impedindo, por conseguinte, que o Tribunal de segunda instância determine sua prisão depois de julgado esse recurso.

Assim, à primeira vista, verificando que o caso em espécie se assemelha àquele tratado no HC 140.217/DF, antes referido, bem como nos HC’s 135.951/DF, 142.012/DF e 142.017/DF, todos de minha relatoria, entendo que ocorreu a formação da coisa julgada do direito de o paciente recorrer em liberdade.

A antecipação do cumprimento da pena, na espécie, somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da prisão preventiva, o que, aliás, foi rechaçado explicitamente pelo magistrado sentenciante, ao dispor que “a custódia cautelar do condenado não se afigura necessária, posto que ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal” (fls. 3-4 do documento eletrônico 12).

Por essas razões, constatada a excepcionalidade da situação em análise, defiro a medida liminar, para que seja suspensa a execução da pena

imposta ao paciente, até que o mérito deste *habeas corpus* seja julgado pelo colegiado competente.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Niterói/RJ (Ação Penal 0006980-98.2013.8.19.0002) e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal 0006980-98.2013.8.19.0002).

Após, ouça-se a Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 23 de agosto de 2017.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator