

Superior Tribunal de Justiça

RCD no HABEAS CORPUS Nº 413.727 - SP (2017/0213609-5)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
REQUERENTE : ANDRÉ GUSTAVO ZANONI BRAGA DE CASTRO
ADVOGADO : ANDRÉ GUSTAVO ZANONI BRAGA DE CASTRO -
SP161963
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : _____

DECISÃO

Trata-se de pedido de reconsideração formulado em favor de _____ contra decisão de e-STJ fls. 43/45 que indeferiu o pedido de liminar pelos seguintes fundamentos:

A liminar em habeas corpus, bem como em recurso ordinário em habeas corpus, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).

Assim, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos, para se aferir a existência de constrangimento ilegal.

Nada obstante, acrescente-se que, em consulta processual ao Portal Eletrônico da Corte de origem, constata-se a oposição de embargos de declaração por outra parte, que não o ora paciente.

*Ante o exposto, **indefiro a liminar.***

Alega-se, no presente pedido, que há embargos de declaração opostos pelo paciente em face do acórdão da apelação, que se encontram pendentes de julgamento. Junta documentos (e-STJ fls. 49/51).

É, em síntese, o relatório.

Tendo em vista a juntada de documentos comprobatórios de que

Superior Tribunal de Justiça

houve, na origem, a oposição de embargos de declaração em face do acórdão da apelação, a decisão ora impugnada deve ser reconsiderada.

Passa-se, deste modo, à análise do pedido de liminar.

Consigne-se, inicialmente, que a liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Na espécie, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou, ao negar provimento ao recurso de apelação do ora paciente, a expedição de mandado de prisão, em consonância com decisão do Supremo Tribunal Federal (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016) que entendeu cabível o início da execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, tendo em vista a ausência, em regra, de efeito suspensivo nos recursos de índole extraordinária recurso especial e recurso extraordinário.

Do mesmo modo, vem decidindo esse Superior Tribunal:

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 julgamento 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, Rel. 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.

Superior Tribunal de Justiça

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, Rel. 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).

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

Superior Tribunal de Justiça

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, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016.)

A jurisprudência desta Corte, contudo, tem entendido que a prisão só poderá ser decretada uma vez esgotada a instância recursal ordinária, não havendo, portanto, que se falar em início da execução provisória da pena na pendência de Embargos de Declaração ou Embargos Infringentes.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM 2º GRAU. POSSIBILIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. JULGAMENTO PENDENTE. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DECISÃO MANTIDA.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão que confirma a condenação, em sede de apelação criminal, nos termos da nova orientação da Sexta Turma que, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e o REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJU de 17/5/2016), segundo o qual a execução provisória da condenação penal, na ausência de decreto de prisão ou de recursos com efeito suspensivo, não afronta o constitucional princípio da presunção de inocência.*
2. *Ocorre que, tendo sido opostos embargos infringentes contra o acórdão impugnado, os quais ainda pendem de julgamento, a expedição de mandado de prisão evidencia o constrangimento ilegal, ainda que a divergência que possibilitou a oposição do citado recurso não se relacione com a expedição do mandado de prisão.*
3. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no HC 383.699/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017)

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. PRISÃO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO.

NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DEFINITIVO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

NULIDADES DO PROCESSO PENAL. TEMAS NÃO APRECIADOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal seguida por esta Corte, a determinação do cumprimento da pena ao término da fase ordinária não viola a garantia da presunção de inocência, à mingua de recurso com efeito suspensivo.

2. No entanto, tal possibilidade afigura-se ilegal diante da existência e pendência de julgamento de recurso de embargos de declaração, conforme entendimento da Sexta Turma desta Corte.

3. In casu, na comprova-se que a defesa ingressou com embargos de declaração na origem contra o acórdão do julgamento da apelação, estando a fase ordinária ainda pendente de conclusão, o que retira a hipótese da execução provisória, na linha do entendimento jurisprudencial advindo da Suprema Corte.

4. Tendo em vista a proibição de supressão de instância, não é possível a esta Corte examinar a existência de nulidades no curso do processo penal que não foram aventadas no acórdão tido como ato coator.

5. Ordem em parte concedida, mantendo-se a liminar, para revogar a prisão da paciente, até que se conclua a fase ordinária do processo penal.

(HC 361.774/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)

Assim, no caso, comprovada a oposição dos Embargos pelos documentos de e-STJ fl. 50/51 e verificado no sítio eletrônico do Tribunal de origem que estes ainda não foram julgados, é de se constatar, ao menos por ora, o constrangimento ilegal apontado

Diante dessas considerações, **defiro a liminar** para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000084-15.2011.8.26.0584), na parte em que determinou a execução provisória da pena, devendo o paciente aguardar em liberdade o julgamento final

Superior Tribunal de Justiça

deste *habeas corpus* ou o esgotamento da instância ordinária, salvo se por outro motivo estiver preso.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal impetrado, solicitando-lhes informações e ressaltando-se que deverão noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração, notadamente acerca do julgamento dos embargos ou recursos manejados pela defesa contra o acórdão de apelação.

Requeira-se, ainda, senha para acesso aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico do Tribunal de Justiça, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de setembro de 2017.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator