



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.945 - ES (2018/0302071-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : RODRIGO OLIVEIRA RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : ALFREDO DA LUZ JUNIOR - ES007805
RODRIGO OLIVEIRA RODRIGUES - ES022186
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ANTONIO LUIS TOSO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM IMPETRADA CONTRA LIMINAR INDEFERIDA NA ORIGEM. ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. SUPERAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE DECISÃO DECRETANDO A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRISÃO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Caso em que o recorrente, após responder ao processo em liberdade, foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 17 anos e 6 meses de reclusão. Na mesma oportunidade, o juiz-presidente, com amparo no entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 27.011-SP, deferiu a imediata execução provisória da pena. Acontece que a conclusão majoritária do julgado que amparou a decisão proferida na referida reclamação (HC nº 118.770-SP) foi no sentido de não admitir a impetração, sem comprometimento com a respeitável tese esboçada na ementa do digno Redator para o acórdão. Não há notícia, aliás, de qualquer precedente da Segunda Turma ou do Pleno do STF que proclame a execução provisória da pena antes do exame da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação, como entendeu o acórdão impugnado.

3. Na verdade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 17/2/2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, entendeu que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Submetida a questão à sistemática da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repercussão geral, o Pleno do Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/16).

4. Na espécie, é prematuro antecipar a execução da pena antes de se submeter o édito condenatório do Tribunal do Júri ao controle revisional da Corte de apelação, com a efetiva estabilização da discussão sobre a matéria fática. Precedentes.

5. Em suma, *a execução provisória da pena, in casu, foi determinada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri em face do veredicto popular, antes mesmo da interposição do recurso de apelação cabível para a instância ad quem, o que configura manifesta ilegalidade, passível de correção de ofício por esta Corte Superior de Justiça* (RHC 84.406/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 1º/2/2018).

6. De qualquer modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderam que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível. A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela lei adjetiva penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o encerramento do julgamento perante as instâncias ordinárias, salvo se presentes outros motivos que justifiquem eventual decretação de prisão cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.945 - ES (2018/0302071-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

IMPETRANTE : RODRIGO OLIVEIRA RODRIGUES E OUTRO

**ADVOGADOS : ALFREDO DA LUZ JUNIOR - ES007805
RODRIGO OLIVEIRA RODRIGUES - ES022186**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : ANTONIO LUIS TOSO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ANTONIO LUIS TOSO contra ato de Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (HC n. 0028530-88.2018.8.08.0000).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 17 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime do art. 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal. Foi indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, cuja liminar foi indeferida pelo Desembargador Relator (e-STJ fls. 316/317).

No presente *writ*, a defesa alega que há constrangimento ilegal patente no caso, a ensejar a superação do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Afirma que a prisão foi amparada unicamente no entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 27.011, no sentido de que *a prisão após a condenação pelo Júri à pena de reclusão em regime fechado não é preventiva. Trata-se, na verdade, de execução da pena privativa de liberdade imposta pelo órgão competente para o julgamento dos crimes contra a vida, cujos vereditos gozam de soberania, por expressa disposição constitucional* (e-STJ fls. 7/8).

Defende, porém, que o entendimento desta Corte é diverso, tomando como exemplo caso análogo em que a ordem foi concedida, autorizando o acusado a recorrer em liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta que o paciente permaneceu livre durante todo o processo, sustentando que assim deve permanecer até o trânsito em julgado da condenação.

Expõe, ainda, que o paciente *possui várias enfermidades severas tais como lumbago com ciática (...) e cervicalgia*, destacando que ele *foi aposentado pelo INSS em razão dessa enfermidade* (e-STJ fl. 38), sofrendo ainda de HD-T Pânico com agorafobia. Afirma que a *Unidade Prisional não possui condição de abrigar um custodiado que reúna tantas e tantas enfermidades graves* (e-STJ fl. 39).

Requer, assim, a expedição de alvará de soltura.

A liminar foi deferida às e-STJ fls. 337/344.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 351/353).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.945 - ES (2018/0302071-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto 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.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do STF, segundo o qual *não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*.

Na presente hipótese, porém, verifico haver ilegalidade manifesta, que justifica a superação do referido enunciado sumular.

De acordo com os autos, o paciente foi pronunciado em 9/11/2015, **assegurado o direito à liberdade** nos seguintes termos (e-STJ fl. 199):

PELO EXPOSTO, com fundamento no artigo 413, caput, do CPP, PRONUNCIO o acusado Antonio Luis Toso, vulgo “Totôe Toso” qualificado nos autos, como incurso nas iras do artigo 121, § 2º, I e IV e no artigo 121, § 2º, í e IV c/c artigo 14, II ambos do Código Penal, a fim de submetê-lo a julgamento perante o Tribunal Popular do Júri desta Comarca.

Reconheço ao réu o direito de aguardar o julgamento em liberdade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por não estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, com fundamento no artigo 413. § 3º do CPP.

Já em consulta à sentença, constata-se que a fundamentação para a determinação de expedição de mandado de prisão, de fato, limitou-se à menção ao precedente do Supremo Tribunal Federal nos autos da Rcl n. 27.011, de relatoria do Exmo. Min. Roberto Barroso. Eis os termos da sentença (e-STJ fl. 231):

Considerando a recente decisão do Pretório Excelso no sentido de que “a prisão após a condenação pelo Júri à pena de reclusão em regime fechado não é preventiva. Trata-se, na verdade, de execução da pena privativa de liberdade imposta pelo órgão competente para o julgamento dos crimes contra a vida, cujos vereditos gozam de soberania, por expressa disposição constitucional” (Rcl 27011, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, publicado no DJe-086 em 04.05.2018), decreto a prisão do acusado. Expeça-se, pois, o competente mandado de prisão e, em seguida, a guia de execução de pena.

Não se desconhece a importância da tese na qual se ampara a decisão mencionada na referida reclamação, a qual fora analisada originalmente no HC n. 118.770, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Cumprido pontuar, porém, que o referido precedente da Suprema Corte foi decidido por maioria. Observo que os votos dos quatro ilustres componentes do referido Colegiado presentes no julgamento não acompanharam, expressamente, a tese jurídica sustentada pelo eminente Relator para o acórdão, Min. Luiz Roberto Barroso, de que “*não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso*”.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, vencido, concedeu a ordem, por não vislumbrar, na hipótese, o preenchimento dos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP. A Ministra Rosa Weber não vislumbrou excesso de prazo posterior à sentença condenatória. Já o Ministro Luiz Fux registrou, textualmente, que não conhecia do *Habeas Corpus*, porque era substitutivo de recurso ordinário, observando a jurisprudência do STF. A conclusão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado foi **em não admitir a impetração** e revogar a liminar.

Não há notícia, aliás, de qualquer precedente da Segunda Turma e/ou do Plenário do STF que proclame a diretriz acima transcrita, apesar do brilhantismo da tese sustentada pelo digno Ministro Luiz Roberto Barroso, exemplo acadêmico e de magistrado brasileiro.

Na verdade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 17/2/2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, entendeu que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Partiu a Corte do entendimento de que a execução provisória da pena decorre do esgotamento das instâncias ordinárias.

O aresto ficou assim ementado:

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/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 17/5/2016).

Dessa forma, a partir de fevereiro/2016, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para o Relator do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o saudoso Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerra a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena.

Apesar de eventuais recursos especial e extraordinário não serem dotados de efeito suspensivo, na espécie, a jurisdição das instâncias ordinárias, soberana na apreciação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das provas, como visto, ainda não teria se encerrado, sequer foi julgado eventual recurso de apelação.

Não se esqueça, por oportuno, que mesmo na esfera do Júri, o Tribunal pode revisar, em sede de apelação, nas hipóteses previstas no art 593 III, do Código de Processo Penal:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

§ 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação.

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

§ 3º Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.

Veja-se que o Tribunal revisor, nos termos do supracitado artigo, pode reconhecer eventual nulidade posterior à pronúncia; pode proclamar que a decisão soberana é manifestamente contrária às provas dos autos; pode também retificar a sentença do juiz-presidente, quando for contrária à lei ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos; e pode, ainda, corrigir eventual equívoco no procedimento de individualização da pena.

Em que pese não ser possível a modificação da decisão dos jurados,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolvendo o réu ou reconhecendo/afastando qualificadora, por exemplo, em razão da soberania do veredicto, é certo que esse controle revisional pode ter repercussão direta no que foi decidido em primeiro grau, seja submetendo o réu a novo julgamento, seja alterando aspectos da sentença que são da competência do juiz-presidente.

Assim, entendo ser prematuro antecipar a execução da pena, antes de submeter o édito condenatório a esse controle revisional, indispensável para estabilizar a discussão sobre matéria fática.

Nesse diapasão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderem que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível. A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pelo CPP. O fato de o tribunal, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o *juízo rescisório*, em nada influencia nem tampouco implica na execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o *juízo rescindente* e determinar, se for o caso, um novo julgamento.

Sobre a soberania dos veredictos do Júri, vale a pena transcrever o didático e esclarecedor trecho de julgado relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello:

“A soberania dos veredictos do Júri — não obstante a sua extração constitucional — ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontrastável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular” (HC 68.658 Primeira Turma, j. 6/8/1991).

Assim, em harmonia com o parecer ministerial, entendo que a determinação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da execução provisória após a condenação do réu perante o Tribunal do Júri viola o princípio da presunção de inocência, não podendo ser ele preso antes de julgado eventuais recursos pela instância revisora, a não ser cautelarmente, nas hipóteses excepcionais previstas no art. 312 do CPP.

Nesse sentido, cito precedentes desta Quinta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA PENDENTE DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

I - Esta Corte de Justiça já se pronunciou no sentido de que "a soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas" (RHC n. 92.108/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 14/03/2018).

II - In casu, mostra-se inviável a execução provisória da pena fixada na sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara do Tribunal do Júri, pois foi interposto recurso de apelação pela Defesa dos recorrentes, ainda não julgado. Assim, não tendo ocorrido o esgotamento das instâncias ordinárias, não se aplica, por enquanto, o precedente fixado pelo col. Pretório Excelso no julgamento do HC n. 126.292/SP, referente à possibilidade de execução provisória da pena.

Agravo regimental do Ministério Público Federal desprovido.

(AgRg no RHC 104.666/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. OMISSÃO NO JULGADO. EXISTÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NULIDADE CONSTATADA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve 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.

2. O Tribunal de origem não enfrentou as alegações trazidas pelo ora paciente, conquanto tivessem sido estas objeto da apelação criminal. Destaque-se, ainda, que se não olvidou apontar a falha da fundamentação no âmbito dos embargos de declaração, os quais não foram conhecidos, permanecendo as aludidas teses sem apreciação.

Nesse contexto, no caso, configurada ausência de prestação jurisdicional, haja vista a impossibilidade de superação do óbice processual por este Tribunal em decorrência da verdadeira omissão no julgado recorrido. Vislumbra-se, assim, ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal - CF o que impõe a declaração de nulidade do julgado. Precedentes.

3. Por consequência, considerando, sobretudo, conforme sentença acostada aos autos às fls. 235/247 que ao réu foi concedido o direito de apelar em liberdade, na medida em que assim esteve durante toda a tramitação do processo, e mormente que, ex vi da orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, prematura mostra-se a determinação de execução provisória **da pena fundada exclusivamente no princípio da soberania do Tribunal do Júri, de rigor, a suspensão da execução provisória da pena determinada pelo Tribunal de origem até o esgotamento dos recursos sujeitos à instância ordinária. Precedentes.**

4. Habeas corpus não conhecido. Concedo, contudo, a ordem, de ofício, para decretar a nulidade do acórdão recorrido por ausência de fundamentação na análise das nulidades alegadas pela defesa e determinar que outro seja proferido. Em consequência, suspenso o processo de execução provisória da pena até o esgotamento dos recursos sujeitos a julgamento pelo Tribunal estadual, devendo ser observadas, no ponto, as medidas cautelares estabelecidas na sentença condenatória (de fls. 235/247).

(HC 372.036/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NA SENTENÇA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RÉU QUE PERMANECEU EM LIBERDADE NO CURSO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE FATO NOVO APTO A RESPALDAR O ENCARCERAMENTO. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. DETERMINAÇÃO CONCOMITANTE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. TEMA NÃO SUBMETIDO AO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO. MANIFESTA ILEGALIDADE CONFIGURADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, NO PONTO.

1. As prisões cautelares materializam-se como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso deve vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático-probatório apreciado, sendo inadmissível sem a existência de razão sólida e individualizada a motivá-la, especialmente com a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, em que a prisão deve ser empregada como última medida para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

2. No caso, o recorrente permaneceu em liberdade durante toda a instrução processual, que perdurou por quase treze anos, e a fundamentação declinada pela sentença e preservada pelo Tribunal a quo não contou com qualquer fato novo apto a evidenciar a necessidade do recolhimento do réu à prisão antes do trânsito em julgado da sua condenação, sendo forçoso concluir que não há motivação idônea para justificar a relativização do seu direito à liberdade.

3. As medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, mostram-se eficazes e suficientes para resguardar a futura aplicação da lei penal, sobretudo em se tratando de réu com condições pessoais favoráveis, como é o caso dos autos.

4. O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para a análise de questão que não foi objeto de exame pela Corte de origem no acórdão impugnado, sob pena de indevida supressão de instância.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, desde que tenha ocorrido o exaurimento da cognição de matéria fática pelo Tribunal de segundo grau, por ser o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.

6. A execução provisória da pena, in casu, foi determinada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri em face do veredicto popular,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antes mesmo da interposição do recurso de apelação cabível para a instância ad quem, o que configura manifesta ilegalidade, passível de correção de ofício por esta Corte Superior de Justiça.

7. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, com a concessão de habeas corpus de ofício para cassar a decisão que determinou a execução provisória da pena antes do exaurimento da instância recursal ordinária. (RHC 84.406/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 1º/2/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE, IN CASU. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Este Tribunal Superior, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a possibilidade de cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo.

3. No caso em debate, todavia, a determinação de execução provisória da pena do sentenciado decorre de acórdão proferido no julgamento da apelação, ao qual foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento. Assim, não esgotada a jurisdição do Tribunal de origem, fica obstada a expedição de mandado de prisão para a execução provisória da pena. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o paciente aguarde, em liberdade, o esgotamento das vias recursais ordinárias, se por outro motivo não estiver preso. (HC 394.417/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 3/8/2017, DJe 14/8/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. EXCEPCIONAL CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de 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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

3. No caso dos autos, verifica-se que foram interpostos Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, pendentes de julgamento. Assim, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

4. Ademais, esta Corte Superior, ao alinhar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, passou a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera fundamentação ope legis, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados.

5. No caso dos autos, há real possibilidade que os embargos infringentes ou o recurso especial interpostos venham a ser providos para restabelecer a sentença condenatória e possibilitar o cumprimento da pena em regime aberto.

6. Habeas corpus concedido para permitir ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação. (HC 403.877/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 21/9/2017, DJe 27/9/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO EXHAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE DECISÃO DECRETANDO A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRISÃO ILEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Caso em que o recorrente, após responder ao processo em liberdade, foi condenado no dia 19/10/2017 pelo Tribunal do Júri à pena de 13 anos de reclusão. Na mesma oportunidade, o juiz-presidente acolheu o pedido ministerial formulado com base no acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no julgamento do HC 118.770/SP, e deferiu a imediata execução provisória da pena. Acontece que a conclusão majoritária do referido julgado foi no sentido de não admitir a impetração, sem comprometimento com a respeitável tese esboçada na ementa do digno Redator para o acórdão. Não há notícia, aliás, de qualquer precedente da Segunda Turma ou do Pleno do STF que proclame a execução provisória da pena antes do exame da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação, como entendeu o acórdão impugnado.

2. Na verdade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 17/2/2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, entendeu que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Submetida a questão à sistemática da repercussão geral, o Pleno do Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min.

Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).

3. Na espécie, é prematuro antecipar a execução da pena antes de se submeter o édito condenatório do Tribunal do Júri ao controle revisional da Corte de apelação, com a efetiva estabilização da discussão sobre a matéria fática. Precedentes.

4. Em suma, a execução provisória da pena, in casu, foi determinada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri em face do veredicto popular, antes mesmo da interposição do recurso de apelação cabível para a instância ad quem, o que configura manifesta ilegalidade, passível de correção de ofício por esta Corte Superior de Justiça (RHC 84.406/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

5. De qualquer modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderem que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível. A soberania dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas.

6. Recurso ordinário em habeas corpus provido para suspender o processo de execução provisória da pena até o esgotamento dos recursos sujeitos a julgamento pelo Tribunal estadual, assegurando ao recorrente o direito à liberdade, mediante medidas cautelares a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau, se necessárias, salvo se estiver preso cautelarmente por outro motivo.

(RHC 92.108/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 14/3/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício** para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o encerramento do julgamento perante as instâncias ordinárias, salvo se presentes outros motivos que justifiquem eventual decretação de prisão cautelar.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0302071-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 478.945 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010053220138080025 00285308820188080000 10053220138080025
285308820188080000

EM MESA

JULGADO: 21/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO OLIVEIRA RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : ALFREDO DA LUZ JUNIOR - ES007805
RODRIGO OLIVEIRA RODRIGUES - ES022186
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ANTONIO LUIS TOSO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.