



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.212 - RS (2017/0334818-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GILBERTO MELLO LINCK
ADVOGADO : GILBERTO MELLO LINCK - RS079992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : D C P (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO (ORDINÁRIO OU ESPECIAL). INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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 próprio. Precedentes. 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 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 126292, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016).

3. No particular, a sentença condenatória foi reformada pelo Tribunal de origem apenas para alterar o regime prisional (semiaberto) 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes.

5. *Habeas Corpus* não conhecido.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 22 de março de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.212 - RS (2017/0334818-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GILBERTO MELLO LINCK
ADVOGADO : GILBERTO MELLO LINCK - RS079992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : D C P (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de D C P, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 70069292514, deu parcial provimento ao recurso apenas para fixar o regime semiaberto e determinou a expedição do mandado de prisão.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 214, *caput*, c.c. o art. 224, alínea *b*, do Código Penal. Isso porque o Paciente "*constrangeu a vítima C. A. G. R., com quinze anos de idade, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência presumida, uma vez que a vítima é alienada mental*" (e-STJ fl. 9).

Alega o Impetrante que "*este paciente respondeu a todo o processo em liberdade, desde o ano de 2008, sem ter jamais cometido à qualquer outro ato delituoso, jamais teve qualquer ocorrência sequer, o que leva a crer que possa aguardar ainda em liberdade o trânsito em julgado, eis que pendente ainda de julgamento de recursos*" (e-STJ fl. 2).

Pede, assim, "*a imediata expedição do ALVARÁ DE SOLTURA, podendo aguardar o julgamento do trânsito em julgado dos recursos em liberdade*" (e-STJ fl. 3).

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 21/23) e prestadas as informações (e-STJ fls. 27/52), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mérito, pela denegação da ordem, cujo parecer foi assim ementado (e-STJ fls. 56/58):

***HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO.
POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
APÓS O ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.
PELO NÃO-CONHECIMENTO OU DENEGAÇÃO DA ORDEM.***

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.212 - RS (2017/0334818-6)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que julga recurso em sentido estrito é o recurso especial, consoante dispõe o art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício. Nesse sentido, os precedentes: STF, HC 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014; STJ, HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; STJ, HC 276.809/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 12/5/2014.

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise da prisão cautelar do paciente, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

A questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena tendo em vista o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias (sentença condenatória reformada pelo Tribunal de origem para fixar ao paciente o regime semiaberto).

A resposta é sim. É possível dar início à execução provisória da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade imposta ao paciente, nos termos da sua condenação (regime semiaberto).

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. *Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...]* (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. *O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.*

5. *Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao denegar a ordem no Habeas Corpus (HC) 126292, 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. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confirma-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

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 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/5/2016, publicado em 17/5/2016, g.n.).

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

No mesmo sentido já decidiu a Corte Especial deste Tribunal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEITADOS. EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO EM FACE DO RÉU.

- 1. Com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.*
- 2. Verificado o transcurso do prazo para recurso relativo à matéria de fato, após a publicação do acórdão condenatório, opera-se o exaurimento da cognição fática.*
- 3. Na hipótese, o acórdão condenatório foi publicado em 2/2/2016, tendo sido rejeitados os embargos declaratórios na sessão de julgamento do dia 2/3/2016, da Corte Especial.*
- 4. É possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo.*

Determinada a expedição, incontinenti, do mandado de prisão e da guia de cumprimento provisório da pena.

(QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 26/04/2016)

Igualmente, vale a pena conferir os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DO ART. 37 DA LEI N.º 11.343/06. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126292, no sentido de 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.** Ressalva do entendimento da Relatora.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Esse posicionamento foi reafirmado no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do ARE 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Pretório Excelso deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 88.361/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS CRIANÇAS MENORES DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REPRESENTAÇÃO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CIÊNCIA DO ATO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. FORMALIDADE. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. HARMONIA COM DEMAIS PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAÇÃO DO ART. 61 DO DECRETO-LEI N.3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DA RÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

CONTINUIDADE DELITIVA. FORMA SIMPLES. PENA READEQUADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DETERMINAÇÃO.

1. Não se verifica a decadência do direito de oferecer representação se, como na espécie, as representantes, tão logo souberam dos fatos delituosos - que ocorreram ao longo de todo o ano de 2003 e até maio de 2004 -, providenciaram, a tempo, o preenchimento de requisito de procedibilidade da persecução penal. A alegação de que o ato formal deu-se um ano após a ocorrência dos fatos não procede, dada a continuidade delitiva.

2. Afirmar que as representantes tiveram notícia dos atos a que foram submetidas as vítimas antes de quando foi considerado pelas instâncias ordinárias demandaria dilação probatória, o que é impossível no exame do recurso especial, tendo em vista o teor da Súmula 7 do STJ.

3. Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal.

4. A inicial acusatória descreve as circunstâncias do crime, pois destaca que os recorrentes, utilizando-se da condição de Diretor Geral e Coordenador Pedagógico (e padre) e de Coordenadora Pedagógica da escola em que estudavam as crianças, aproveitaram para abusar delas sexualmente (e auxiliar no abuso, no caso da ré), conforme minuciosamente descrito.

5. Com a prolação de acórdão condenatório, fica esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia da denúncia.

6. A Corte estadual examinou, de forma pormenorizada e em decisão com muito maior amplitude, o acervo fático-probatório carreado aos autos, havendo formado sua convicção pela procedência da pretensão punitiva estatal, diante da aptidão da denúncia e de provas acerca da autoria e da materialidade do crime previsto no art. 214, c/c o art. 224, "a", por diversas vezes, em continuidade delitiva.

7. Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos.

8. Para se concluir pela absolvição dos réus, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

9. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes.

10. A contravenção penal descrita no art. 61 da Lei de Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar alguém, de modo ofensivo ao pudor, o que não se aplica a crianças menores de 14 anos.

11. A prática de crime sexual contra crianças por agentes cuja formação profissional é voltada para a educação desses infantes engendra maior reprovabilidade da conduta, a justificar a majoração da pena-base pela valoração negativa da culpabilidade.

12. É incontroversa a pluralidade de vezes com que os recorrentes praticavam suas investidas contra as vítimas, não sendo necessária indicação exata das datas em que ocorreram.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13. Esta Corte Superior entende que, nas hipóteses de crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, não incide a regra da continuidade delitiva específica.

14. Não se verifica a nulidade por ausência de fundamentação ou por omissão do acórdão recorrido, pois, ainda que de forma sucinta, expressamente, manifestou-se sobre as todas teses defensivas postas na apelação, tidas como não explicitadas.

15. A Sexta Turma desta Corte Superior decidiu, ao apreciar os EDcl nos REsp n. 1.484.413/DF e 1.484.415/DF (DJe 14/4/2016), de minha relatoria, que, nas hipóteses em que não for conferido efeito suspensivo ao recurso especial, mantida a condenação do réu, deve ser determinado o início da execução provisória das penas impostas.

16. Recurso especial conhecido e não provido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a ilegalidade quanto à aplicação da continuidade delitiva específica e reduzir as penas dos réus.

Execução provisória determinada.

(REsp 1273776/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.CONDENACÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. MANDADO DE PRISÃO JÁ EXPEDIDO.CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel.Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

2. Todavia, pendentes de julgamento embargos de declaração, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão.

Precedentes.

3. Ordem concedida, em parte, para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento dos embargos de declaração opostos no Tribunal de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 352.796/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

2. Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado.

(EDcl no HC 348.612/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE MAGISTRADO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE HABEAS CORPUS DESTA CORTE QUE GARANTIRA AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E QUE TRANSITOU EM JULGADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (HC 126292/SP). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não existe descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em Habeas Corpus, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuara uma reformatio in pejus, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n.113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Ao apreciar o Habeas Corpus n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

4. Reclamação improcedente.

(Rcl 30.193/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016, DJe 16/06/2016, grifo nosso)

Na espécie, a prisão preventiva do paciente não foi decretada pois ausentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo da defesa apenas para **alterar o regime prisional (para o semiaberto)** imposto pela sentença de primeiro grau. A defesa noticia o cumprimento do mandado de prisão em 24/11/2017. O Tribunal impetrado, por sua vez, informou a **interposição de agravos nos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa** (e-STJ fls. 27/52)

Nesse contexto, 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.

De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial interposto, o que não ocorreu, na espécie. Nesse sentido, é a jurisprudência mais recente desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. **Quanto à alegação de que não seria possível dar início à execução da pena, pois a sentença condenatória teria garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, tem-se que esta Corte firmou posicionamento no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação.**

[...]

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para redimensionar a pena do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, e pagamento de 60 dias-multa, mantida a legalidade da execução imediata da pena privativa de liberdade.

(HC 398.781/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017, grifo nosso)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. MAUS ANTECEDENTES. RECRUDESCIMENTO DO REGIME. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. 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).

2. 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.

3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes.

4. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (Súmula 440/STJ).

5. No caso, o regime mais gravoso possui lastro em fundamentação concreta, qual seja, o fato de o paciente possuir maus antecedentes.

6. Habeas corpus denegado.

(HC 412.538/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 24/10/2017, grifo nosso).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO PACIENTE INALTERADA. MODO PRISIONAL DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. **Não há falar em ofensa ao princípio que veda a reformatio in pejus, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a imposição do modo prisional mais gravoso, pois "Segundo o princípio da *ne reformatio in pejus*, o juízo ad quem não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo a quo, somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal" (HC 142.443/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012).**

2. Na hipótese, o Tribunal de origem fundamentou o modo fechado na gravidade concreta do delito, com esteio na quantidade e na diversidade dos entorpecentes apreendidos. Contudo, a reprimenda final foi estabelecida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a evidenciar a desproporcionalidade desse sistema prisional duplamente mais severo que o previsto no art. 33 do Código Penal.

3. Assim, é possível, em razão da apontada reprovabilidade do delito, estabelecer o modo semiaberto como inicial à execução da pena, o qual se mostra devido e suficiente à prevenção e à repressão do crime versado.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA FUNDADA NA VEDAÇÃO LEGAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MANUTENÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE CONVERSÃO DA SANÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Entretanto, afastado os fundamentos em que o Tribunal a quo se embasou para negar a permuta, vê-se que a gravidade concreta do delito, representada pela variedade e quantidade do entorpecente apreendido, justifica a manutenção da negativa, pois a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

(HC 350.837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifo nosso).

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, grifo nosso)

Sobre a posição da Sexta Turma, esclarecedor é o voto da Ministra Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura, verbis:

(...)

Por fim, não há falar em reformatio in pejus. Note-se que, nos autos do HC 336.759/MG, julgado em 3.5.2016, entendi que a liberdade do acusado estava albergada pelo manto da coisa julgada, haja vista a decisão desta Corte, em anterior writ, garantindo-a até o trânsito em julgado. No entanto, fiquei vencida mais uma vez, prevalecendo nesta Sexta Turma o entendimento no sentido de ser possível a execução antecipada da pena.

Dessarte, tendo em vista o recente julgamento do Pretório Excelso, esta Turma entende que cabe ao Tribunal de origem determinar, após o julgamento da apelação, a imediata execução da pena, independentemente de eventuais decisões anteriores que condicionassem a prisão à sentença definitiva.

In casu, vale ressaltar que o magistrado a quo limitou-se a proferir decisão de praxe no sentido de que, após o trânsito em julgado, fossem adotadas diversas providência, incluindo a expedição de mandado de prisão.

Em suma, em atenção ao que decidido pelo STF, este Tribunal passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de *reformatio in pejus* e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação (HC 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016 e HC 360.586/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016).

Inexiste, portanto, flagrante ilegalidade hábil a permitir a concessão da ordem, de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0334818-6

HC 431.212 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01394456720168217000 1394456720168217000 15720800014929 70069292514

EM MESA

JULGADO: 22/03/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GILBERTO MELLO LINCK
ADVOGADO : GILBERTO MELLO LINCK - RS079992
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : D C P (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.