



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 457.739 - SP (2018/0165112-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JADER DAVIES
ADVOGADO : JADER DAVIES - SP145451
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J DE L C (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADOS CONTRA MENOR, E AMEAÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal* (STF, HC n. 126.292, 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).

2. No particular, como 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. Precedentes.

3. A alegada prescrição da pretensão punitiva só se daria se fosse dado provimento a recurso defensivo reduzindo a pena imposta no acórdão condenatório. Ocorre que o AREsp 1.140.364/SP não foi conhecido por esta Corte, ocorrendo o trânsito em julgado perante o Superior Tribunal de Justiça em 16/2/2018, afastando, assim, eventual fumaça do bom direito. Assim, embora haja agravo em recurso extraordinário pendente de julgamento, a simples esperança da defesa em ver o seu recurso provido não impede a execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O pedido de aplicação do regime domiciliar não foi enfrentado pela Corte *a quo*, o que impede o conhecimento da questão diretamente por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.
5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 457.739 - SP (2018/0165112-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JADER DAVIES
ADVOGADO : JADER DAVIES - SP145451
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J DE L C (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar impetrado em favor de J DE L C contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (apelação n. 0003544-66.2010.8.26.0609).

Infere-se dos autos que o paciente, denunciado por suposta infração ao art. 213, c/c o art. 14, II, e com o art. 224, 'a', e ao art. 147, todos do Código Penal, foi absolvido em primeiro grau.

Irresignado o Ministério Público interpôs recurso de apelação que foi provido pelo Tribunal de origem, para condenar o paciente à pena de 4 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 157/159):

APELAÇÃO. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AMEAÇA AUTORIAIS E MATERIALIDADES COMPROVADAS PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL VALIDADE CRIMES CONSUMADOS E UM TENTADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL ENTRE OS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME ÚNICO. JUÍZO DE REPROVABILIDADE MAIOR GRADAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA. PRECENDETES REGIME FECHADO. CONDENAÇÕES. SUPERVENIÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL PARA ALGUNS CRIMES. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL E, DE OFÍCIO, DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE ALGUNS RÉUS.

1. Autorias e materialidades comprovadas com relação aos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e ameaça Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado dos réus

2. O reconhecimento que a vítima efetua, das pessoas dos seus algozes, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime contra a liberdade sexual, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiar-se, à falta de testemunhas presenciais Precedentes do STJ.

3. Crimes de estupro praticados pelos réus Jaime Ferreira. José Diniz e Francisco Xavier consumados, pois, pese embora não haja prova nos autos de ter havido penetração completa na vítima, os atos praticados pelos réus supramencionados, vale dizer, o de retirar o seu pênis e de introduzi-lo parcialmente na vagina da vítima, apenas não a penetrando por completo em razão das fortes dores que ela sentiu, de fato, caracterizaram, sem qualquer sombra de dúvida, estupro em sua modalidade consumada, sendo desnecessário que haja a penetração pro completa para fins de tipificação do presente crime. Entretanto, apenas o crime praticado pelo réu Jair de Lima não se consumou, por circunstâncias alheias a sua vontade, uma vez que, após pegar a vítima e empurrá-la contra a parede, o réu, que já estava desnudo, recebeu um chute dela, ocasião em que a vítima conseguiu fugir.

4. Crimes de atentado violento ao pudor praticados pelos réus Jaime Ferreira. Euclides Constância, José Diniz e Francisco Xavier consumados, pois, o primeiro introduziu os dedos na vagina da vítima, por diversas vezes, enquanto o segundo fez com que a vítima praticasse sexo oral, ele ejaculando em sua boca por três vezes distintas já os dois últimos passaram as mãos pelas suas partes íntimas (seios e vagina), a evidenciar que todos tiveram contato físico com a vítima, de modo a tipificar o crime previsto no art. 214 do Código Penal Precedentes do STJ.

5. Após a infeliz alteração legislativa promovida pela Lei n. 12.015/09, apenas houve a mudança do nome do crime praticado pelos réus Jaime Ferreira. Euclides Constancio, José Diniz e Francisco Xavier e da respectiva tipificação legal a conduta ativa 'constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar e permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal encontra-se subsumida no conceito jurídico de "outro ato libidinoso" previsto no atual art. 213, "caput", do Código Penal, o que para nada interessa, porque esses se defenderam dos fatos narrados na denúncia, que continuaram típicos e antijurídicos após a mudança penal, apenas com nova roupagem, Inalterada a pena Em verdade, com a nova redação do art. 213, "caput" do Código Penal, o legislador optou por um preceito penal misto, que a doutrina classificou como crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, cuja consumação se dá pela prática alternativa de qualquer um dos atos descritos em seu núcleo. Deste modo, independentemente do número de atos praticados pelo agente, ele responderá apenas pela prática de um único crime impedindo o reconhecimento do concurso material Precedentes do TJSP. Todavia isso não afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro o o atentado violento ao pudor. Ao contrário, hoje, por se tratarem de crimes da mesma espécie e desde que os atos criminosos tenham sido praticados em idênticas circunstâncias de tempo, local e modo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de execução, e possível aplicar-se a regra do crime continuado. Precedentes do STJ.

6. Regime fechado escolhido como o inicial para o cumprimento da pena, mercê não sô das penas finais dos réus Jaime Ferreira, Euclydes Constando e José Dimr. como também porque todas as penas-base foram exasperadas em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis Inteligência do art 33, §2º, a" e do art. 33, §3º ambos do Código Penal. Inolvidável, per outro lado, a natureza hedionda dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, também a justificar o regime prisional inicial fechado, nos termos do art. 2º, §1º. da Lei n. 8.072/90.

7. Parcial provimento do recurso Ministerial porém, de ofício, extingue-se a punibilidade dos réus Jaime Ferreira e Euclydes Constancio), com fundamento legal no art. 107, IV, combinado com o art. 109, III, art. 115, art 117, I e art 119. todos do Código Penal. Por fim, também se extingue a punibilidade do réu Jair de Lima para o crime de ameaça, pois foi praticado antes da edição da Lei n 12 234, de 05 de maio de 2010, com fundamento legal no art 109, VI e art 117, I e IV todos do Código Penal. Ultratividade da norma penal mais benéfica ao réu.

Na presente impetração da defesa alega, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal não só pela antecipação do cumprimento da pena, mas também porque cumpre pena corporal de crime potencialmente prescrito, caso seja acolhido o pedido de redução da pena.

Sublinha ser o paciente primário e detentor de bons antecedentes.

Por fim, sustenta que o paciente, de 62 anos de idade, é portador de patologia grave na próstata, necessitando de medicação contínua que não lhe é oferecida no sistema prisional, razão pela qual pede a conversão da custódia em prisão domiciliar.

Diante disso, requer seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Alternativamente, requer a colocação do paciente no regime domiciliar, nos termos do art. 318, II, do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Indeferida a liminar (e-STJ fls. 337/339) e prestadas as informações (e-STJ fls. 343/447), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do *writ* e, nessa extensão, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 452/456).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 457.739 - SP (2018/0165112-7)

VOTO

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

A questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena após a prolação da sentença condenatória em grau de apelação.

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o HC n. 126.292, 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. Confira-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 Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>).

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da Relatora quanto ao mérito da questão.

2. Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado. (EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Assim, a partir de agora, 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 porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

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. No ponto, a bela tese desenvolvida pela defesa tem por base respeitável diretriz pretoriana superada:

(...)A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ. VI. Conforme julgado desta Corte, "a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível *reformatio in pejus*" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011). VII. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA (COM MINORAÇÃO DA PENA). 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.

(...)

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 tão somente apelar em liberdade, como ocorreu, valendo ressaltar que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. 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. Precedentes da Corte.

5. Habeas Corpus não conhecido. (HC 360.586/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ademais, esta Corte já firmou posicionamento 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. Contudo, no caso dos autos, verifica-se que foram apresentados Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, que estão 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.

5. Habeas corpus concedido apenas para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária. (HC 372.205/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. 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. 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.

ARTIGO 273, § 1º-B, INCISOS III E V, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

Diante da ausência de previsão legal, não é possível a incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao delito descrito no artigo 273, § 1-B, do Estatuto Repressivo, uma vez que a referida causa de diminuição de pena se restringe aos crimes tipificados no caput e no § 1º do artigo 33 da Lei de Drogas. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACIENTE CONDENADA A RESGATAR A REPRIMENDA CORPORAL NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTRIÇÃO PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. Não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a adequação da constrição ao modo de execução estabelecido.

Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.

3. ***Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício 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.***

Precedentes.

4. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena imposta à paciente, uma vez que já esgotada a instância ordinária, aguardando-se atualmente, o julgamento dos reclamos de natureza extraordinária interpostos pela sua defesa.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 373.120/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017).

HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, por meio do Tribunal Pleno, decidiu 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, previsto na Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não prospera a alegação do impetrante de reformatio in pejus para o paciente, uma vez que desnecessário o pedido por parte do Ministério Público, sendo um efeito automático da condenação. Do contrário, seria inviável, em qualquer caso, a determinação do cumprimento da execução provisória.

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 371.527/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016).

No mesmo diapasão: HC 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016 e HC 366.694/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017.

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discutem 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 aos recursos especial e extraordinário interpostos.

Na espécie, segundo as informações prestadas pelo Tribunal de origem, após o julgamento do apelo defensivo, foram opostos embargos de declaração levados a julgamento em 15/12/2014. Na sequência, a defesa interpôs recursos especial e extraordinário, evidenciando o esgotamento da instância ordinária.

Assim sendo, 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 outro vértice, a alegada prescrição da pretensão punitiva só se daria se fosse dado provimento a recurso defensivo reduzindo a pena imposta no acórdão condenatório. Ocorre que o AREsp 1.140.364/SP não foi conhecido por esta Corte, ocorrendo o trânsito em julgado perante o Superior Tribunal de Justiça em 16/2/2018,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastando, assim, eventual fumaça do bom direito.

Assim, embora haja agravo em recurso extraordinário pendente de julgamento, a simples esperança da defesa em ver o seu recurso provido não impede a execução provisória da pena.

Por fim, quanto ao pedido de substituição da custódia por prisão domiciliar, verifica-se que o Tribunal de Justiça, ao julgar o writ originário, nada dispôs sobre o tema.

Dessa forma, inviável o conhecimento da questão suscitada no presente recurso diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que a tese não chegou a ser apreciada pelo Tribunal estadual. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. NOTÍCIA DE SUPERVENIÊNCIA DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RECURSO JULGADO PREJUDICADO. TESE DE NÃO CONFIGURAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ANTE A NÃO OCORRÊNCIA DA PROGRESSÃO. INTERESSE RECURSAL DEMONSTRADO. ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. TESE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. QUESTÃO NÃO APRECIADA NO HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. APELAÇÃO PENDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Ainda que o despacho juntado do juízo das execuções, determinando o aguardo da decisão sobre o incidente de regressão, não tenha o condão de demonstrar o alegado equívoco da decisão agravada ao julgar prejudicado o writ - uma vez que denota ter havido anterior progressão ao regime intermediário, vê-se de todo modo dar-se caso de supressão de instância, pois não apreciada a pretensão pelo Tribunal de origem, fato que obsta a análise da questão por este Sodalício.

(...).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 40.054/SP, Rel Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 21/10/2014).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

(...). Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 13/10/2014).

Ante o exposto, **conheço parcialmente do mandamus e, nessa extensão, denego a ordem.**

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0165112-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 457.739 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035446620108260609 00072269020048260495 20140000582523 20150000008948
20180000456771 2110080702018826000 35446620108260609 52004 5202004
72269020048260495

EM MESA

JULGADO: 11/09/2018
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. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JADER DAVIES
ADVOGADO : JADER DAVIES - SP145451
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J DE L C (PRESO)
CORRÉU : E C
CORRÉU : J D F
CORRÉU : F X M
CORRÉU : J F S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

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