



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.674 - SP (2016/0284983-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH LUZ E OUTRO
ADVOGADO : MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH LUZ E OUTRO(S) - SP302670
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELMO VIEIRA FERREIRA

EMENTA

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.

EXTORSÃO E QUADRILHA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A SANÇÃO CONCRETAMENTE COMINADA AO PACIENTE. PRAZO PRESCRICIONAL DA PENA EM ABSTRATO NÃO TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ACUSADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Embora o acusado tenha sido condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime de quadrilha, do extrato de movimentação processual obtido na página eletrônica da Corte de origem, observa-se que o Ministério Público foi cientificado do édito repressivo no dia 18.1.2017, ao passo que no dia 6.2.2017 foram juntadas diversas petições de embargos de declaração, inexistindo qualquer informação de que o acórdão tenha transitado em julgado para a acusação, o que impede a utilização da sanção cominada ao réu para fins de cálculo da prescrição.

2. Tendo em conta que a reprimenda máxima cominada ao delito de quadrilha é de 3 (três) anos, o prazo prescricional a ser considerado é o de 8 (oito) anos, lapso temporal que não transcorreu entre a data do recebimento da denúncia, 10.10.2009, e a publicação do acórdão condenatório, que se deu aos 26.10.2016, o que impede a extinção da punibilidade do acusado, como pretendido.

DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE CONJUNTA PARA TODOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OS RÉUS DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SIMILITUDE DA SITUAÇÃO JURÍDICA-PROCESSUAL DOS ACUSADOS. EIVA NÃO CONFIGURADA.

Não se constata qualquer irregularidade ou ausência de fundamentação concreta no fato de a Corte Estadual haver analisado as circunstâncias judiciais de forma conjunta para todos os réus, pois, havendo similitude entre as suas situações jurídicas, exatamente como na espécie, o julgador não é obrigado a realizar uma dosimetria para cada um deles.

PENA-BASE. MAJORAÇÃO PELO FATO DE O PACIENTE SER DELEGADO DE POLÍCIA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não há ilegalidade na majoração da pena-base do paciente pelo fato de ser delegado, pois tal circunstância denota maior reprovabilidade de sua conduta, já que, por integrar a Polícia Civil, deveria combater e evitar a prática de crimes.

2. O só fato de o réu exercer suas funções na Delegacia de Crimes de Trânsito, o que revelaria a ausência de influência sobre os investigadores lotados na Delegacia de Narcóticos, não afasta a sua maior culpabilidade, uma vez que foi a sua posição de chefia e liderança, independentemente do local em que exercia suas atividades, que justificou a elevação de sua sanção. Precedentes.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA REPRIMENDA IMPOSTA AO RÉU. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA O ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA.

1. 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 confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44 e o ARE 964.246/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida.

2. 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.

3. Na espécie, de acordo com extrato de movimentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual obtido na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda estão pendentes de julgamento embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, o que impede a execução provisória da sanção imposta ao paciente, à luz do que decidido pela Corte Suprema. Precedente do STJ.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para suspender a execução provisória da pena imposta ao paciente até o esgotamento da jurisdição ordinária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.674 - SP (2016/0284983-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH LUZ E OUTRO
ADVOGADO : MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH LUZ E OUTRO(S) - SP302670
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELMO VIEIRA FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ELMO VIEIRA FERREIRA, apontando como autoridade coatora a 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0095642-69.2008.8.26.0050.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nos artigos 158, § 1º, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, sobrevivendo sentença que o absolveu das acusações.

Contra tal decisão, o Ministério Público e a defesa interpuseram apelação, tendo o recurso ministerial sido parcialmente provido para condenar o réu à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, nos termos da peça vestibular.

Sustentam as impetrantes que a prescrição da pretensão punitiva estatal teria se consumado no tocante ao delito de quadrilha, pois teriam transcorrido mais de 7 (sete) anos entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 2009, e o acórdão condenatório, prolatado no ano de 2016.

Afirmam que a execução antecipada da pena só seria possível quando a sentença condenatória fosse confirmada em segundo grau de jurisdição, o que não teria ocorrido na espécie, em que o paciente foi absolvido na primeira instância.

Alegam que a autoridade impetrada teria analisado as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal de forma conjunta para todos os réus, em ofensa ao princípio da individualização da pena.

Consideram que o fato de o acusado ser delegado de polícia não constituiria fundamento idôneo para a majoração da sua reprimenda básica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumentam que o réu, que exercia suas funções na Delegacia de Crimes de Trânsito, não seria hierarquicamente superior aos investigadores lotados na Delegacia de Narcóticos.

Aduzem que a Corte de origem não teria considerado no cálculo da sanção as circunstâncias favoráveis ao paciente, como seu histórico, bons antecedentes, primariedade e cooperação com a instrução penal.

Requerem a concessão da ordem para que a punibilidade do paciente seja extinta quanto ao crime do artigo 288 do Código Penal, fixando-se a sua pena-base no mínimo legal, ou, alternativamente, determinando-se a alteração do regime de cumprimento da pena em prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida (e-STJ fl. 197/199), decisão confirmada no julgamento do agravo regimental interposto pela defesa (e-STJ fls. 329/330).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 336/337), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 537/544, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício apenas para impedir a expedição de mandado de execução provisória da pena em desfavor do paciente enquanto não concluído o julgamento dos embargos de declaração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.674 - SP (2016/0284983-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a extinção da punibilidade do paciente quanto ao crime de quadrilha, a redução de sua pena para o mínimo legal, ou a alteração do regime de cumprimento da sanção reclusiva para prisão domiciliar.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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

No que se refere à aventada ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal no tocante ao delito do artigo 288 do Código Penal, tem-se que o § 1º do artigo 110 do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.234/2010, não aplicável à espécie, em que os fatos ocorreram antes da mencionada alteração legislativa, dispõe que, "*a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada*".

No caso dos autos, embora o acusado tenha sido condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime de quadrilha (e-STJ fls. 476/477), do extrato de movimentação processual obtido na página eletrônica da Corte de origem, observa-se que o Ministério Público foi cientificado do édito repressivo no dia 18.1.2017, ao passo que no dia 6.2.2017 foram juntadas diversas petições de embargos de declaração, inexistindo qualquer informação de que o acórdão tenha transitado em julgado para a acusação, o que impede a utilização da sanção cominada ao réu para fins de cálculo da prescrição.

E, tendo em conta que a reprimenda máxima cominada ao delito de quadrilha é de 3 (três) anos, o prazo prescricional a ser considerado é o de 8 (oito)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, lapso temporal que não transcorreu entre a data do recebimento da denúncia, 10.10.2009 (e-STJ fls. 336 e 350/352), e a publicação do acórdão condenatório (e-STJ fl. 337), que se deu aos 26.10.2016, o que impede a extinção da punibilidade do acusado, como pretendido.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. (...).

1. Tendo a Corte local reduzido a pena estabelecida pela sentença, por ocasião do julgamento de apelo exclusivo da defesa, surge o interesse do Parquet na interposição de recurso especial a fim de restabelecer a reprimenda fixada no primeiro grau de jurisdição, não havendo falar em extinção da pretensão punitiva pela prescrição intercorrente antes da efetiva ocorrência do trânsito em julgado para a acusação.

(...)

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1553257/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016)

Quanto à alegada ilegalidade na dosimetria da pena cominada ao paciente, extrai-se do acórdão condenatório que "*as particularidades do caso concreto extrapolam o que se poderia denominar a normalidade, de forma que negar a majoração afrontaria o Princípio da Isonomia*" (e-STJ fl. 100).

A autoridade impetrada consignou que a culpabilidade dos réus, integrantes do DENARC e do DETRAN, deveria ser avaliada em grau máximo, revelando, ainda, conduta social reprovável, na medida em que ocupavam posições diversas na estrutura desses órgãos, incumbidos de funções determinantes no andamento de investigações relacionadas aos crimes de trânsito e de tráfico de entorpecentes, sendo que, a despeito das funções exercidas, que exigem postura condizente com a atribuição, teriam subvertido os papéis e se aproveitado do poder a eles concedido pelo Estado para extorquir pessoas e lhes entregar vantagens indevidas, ameaçando incriminá-las por fatos que deveriam apurar (e-STJ fls. 100/101).

Acrescentou que as circunstâncias e consequências do delito também seriam negativas, pois os acusados teriam se utilizado de viaturas do DENARC e DETRAN, bem como de informações restritas constantes da base de dados policiais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para planejar e executar os crimes, que seriam tão ou mais graves do que as atividades que deveriam repreender, maculando a imagem dos integrantes das corporações e do Estado (e-STJ fl. 101).

Concluiu não ser aceitável que os crimes de extorsão e formação de quadrilha, cujos protagonistas exerciam as funções de delegados e investigadores de polícia, sejam apenados da mesma forma que aqueles cometidos pelo cidadão comum (e-STJ fl. 101).

Esclareceu que a gravidade das condutas seria díspare, denotando, no caso em apreço, por parte dos inculpados, uma personalidade ainda mais deformada e reprovável, gerando prejuízos não somente às vítimas, mas ainda mais graves ao Estado como um todo, desacreditando as instituições policiais frente à sociedade (e-STJ fls. 101/102).

Registrou que a posição ocupada dentro da corporação da Polícia Civil pelo paciente e por outro corréu, ambos detentores do cargo de delegado de polícia, e os demais acusados, todos agentes policiais subordinados hierarquicamente àqueles, deveria ser considerada para fins de fixação das penas (e-STJ fls. 102/103).

Assentou que a hierarquia nos quadros internos da Polícia civil estaria alicerçada na ordenação da autoridade e nos diferentes níveis que compõem o organismo, fundamentando-se, ainda, na subordinação hierárquica e funcional, de forma que, confrontadas as suas condutas e a abrangência de seus atos, os superiores hierárquicos deveriam ser apenados com mais rigor (e-STJ fl. 103).

E, ao dosar a reprimenda do paciente, elevou-a em metade acima do mínimo legal, resultando em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa para a extorsão, e em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão para a quadrilha, as quais, ausentes agravantes ou atenuantes, permaneceram inalteradas na segunda fase, sendo que, diante da qualificadora do concurso de agentes em relação ao delito do artigo 158 do Código Penal, a primeira foi aumentada em 1/3 (um terço), resultando em 8 (oito) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, e, observado o concurso material, totalizaram 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Feitos tais esclarecimentos, não se constata qualquer irregularidade ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de fundamentação concreta no fato de a Corte Estadual haver analisado as circunstâncias judiciais de forma conjunta para todos os réus, pois, havendo similitude entre as suas situações jurídicas, exatamente como na espécie, o julgador não é obrigado a realizar uma dosimetria para cada um deles.

Nesse norte:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. QUESTÃO A SER APRECIADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. PARECER ACOLHIDO.

1. Inexiste constrangimento ilegal quando a negativa do recurso em liberdade está amparada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que se deram os fatos (roubo praticado com uso de arma de fogo e em concurso de agentes, no interior de uma residência, tendo a família e os funcionários que estavam no local sido amarrados e obrigados a ingerir substância calmante).

2. A propósito da alegada ofensa ao princípio da individualização da pena, além de existir recurso de apelação pendente de julgamento, quando a questão será alvo de melhor exame pela Corte a quo, não há manifesta ilegalidade a ser reparada, pois, como já decidido por este Superior Tribunal, a utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, por si só, não viola a individualização da pena (HC n. 305.158/RJ, Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 3/3/2016).

3. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 74.068/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA SEIS MESES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. (...)

2. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que é possível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, desde que comunicáveis aos acusados, sendo desnecessária a repetição de fundamentos idênticos para fins de elevação da pena-base (ut, HC 330.554/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 2/12/2015).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1569945/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01/06/2016)

Por outro lado, não há ilegalidade na majoração da pena-base do paciente pelo fato de ser delegado, pois tal circunstância denota maior reprovabilidade de sua conduta, já que, por integrar a Polícia Civil, deveria combater e evitar a prática de crimes.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência deste Tribunal Superior:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. (...) EXTORSÃO PRATICADA POR POLICIAIS. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. LEGALIDADE DA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. TENTATIVA. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. O fato de os réus serem policiais justifica a maior reprovabilidade da conduta (culpabilidade) e, por conseguinte, a majoração da pena-base, uma vez que o comportamento deles esperado seria exatamente o de evitar a prática de crimes.

3. A inversão do julgado, a fim de reconhecer a modalidade tentada do delito, demandaria o reexame de todo o material cognitivo produzido nos autos, o que é vedado na estreita via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1257294/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. EXTORSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- Não viola o enunciado da Súmula 440 desta Corte, a decisão do Tribunal de origem que, embora tenha fixado a pena-base no mínimo legal, impõe ao paciente, condenado à pena de 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (dias) de reclusão como incurso no art. 158, § 1º, do CP, regime prisional mais rigoroso amparado em decisão concretamente fundamentada, na qual destacada a necessidade de maior reprovabilidade da infração penal dada a condição funcional do paciente, qual seja, de policial militar.

- Na hipótese, trata-se de policial militar que, em absoluta inversão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de valores, deixou de exercer seu dever legal de combate a criminalidade e segurança pública, para juntamente com outros três agentes aumentar os índices de delinquência, ao praticar o crime de extorsão contra vítima, que já cumprira pena pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, exigindo-lhe certa quantia em dinheiro para evitar um flagrante forjado pelo crime de tráfico de drogas Habeas corpus não conhecido.

(HC 264.096/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013)

Igualmente, o só fato de o réu exercer suas funções na Delegacia de Crimes de Trânsito, o que revelaria a ausência de influência sobre os investigadores lotados na Delegacia de Narcóticos, não afasta a sua maior culpabilidade, uma vez que foi a sua posição de chefia e liderança, independentemente do local em que exercia suas atividades, que justificou a elevação de sua sanção.

Em casos semelhantes, assim tem decidido esta Corte Superior de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. ART. 27-D DA LEI N. 6.385/1976. USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA - INSIDER TRADING. (...) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO. CULPABILIDADE EXACERBADA. FUNDAMENTO IDÔNEO. (...)

11. O cargo exercido pelo recorrente na época dos fatos - Diretor de Finanças e Relações com Investidores da Sadia S.A. - constitui fundamento idôneo para justificar o aumento da pena-base, "diante da sua posição de destaque na empresa e de liderança no processo de tentativa de aquisição da Perdigão", conforme destacou o acórdão recorrido.

(...)
14. Recurso especial do segundo recorrente prejudicado, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva; recurso especial do primeiro recorrente parcialmente provido para afastar da condenação a imposição de valor mínimo para a reparação a título de danos morais coletivos.

(REsp 1569171/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.

ESTELIONATO. (...) DOSIMETRIA DA PENA ESCORREITA. (...) RECURSO DESPROVIDO.

I - O exame das rr. decisões impugnadas evidencia a ausência de violação ao art. 59 do Código Penal, uma vez que inexistente, in casu, considerações genéricas, abstrações ou utilização de dados integrantes da própria conduta tipificada com o intuito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supedanear qualquer elevação da reprimenda, de forma que, não visualizo flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

(...)

III - Ademais, não se pode esquecer que a exasperação da pena-base também se deu em virtude de outra circunstância judicial, qual seja, a qualidade de agente público do ora recorrente, o qual exercia função de chefia perante o Órgão Público em questão.

IV - Assim, verifico que a condenação imposta ao paciente se revela proporcional e fundamentada, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o crime de estelionato, tipificado no art. 171 do Código Penal, é de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 49.640/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014)

Finalmente, no que diz respeito à ilegalidade da expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, 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.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

Ementa: 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 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Tal compreensão foi reafirmada pelo referido colegiado, no julgamento das ADCs 43 e 44, consoante noticiado no Informativo 842:

"Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, indeferiu medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade e conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) ("Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”). Dessa forma, permitiu a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado — v. Informativo 837. O Tribunal assentou 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 art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF). Esse entendimento não contrasta com o texto do art. 283 do CPP. A Corte ressaltou que, de acordo com os arts. 995 e 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil (CPC), é excepcional a possibilidade de atribuir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal. A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais com efeito meramente devolutivo. Entretanto, é possível atribuir-se efeito suspensivo diante de teratologia ou abuso de poder. Dessa forma, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo têm eficácia imediata. Assim, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir efeito imediato do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo. Não se pode afirmar que, à exceção das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, haja vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Se assim o fosse, a conclusão seria pela prevalência da regra que dispõe ser meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), visto que os arts. 995 e 1.029, § 5º, do CPC têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP. Portanto, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por tribunais de apelação. Ademais, a quantidade de magistrados com assento no STF e no STJ repele qualquer interpretação que queira fazer desses tribunais cortes revisoras universais. Isso afasta a pretensão sucessiva de firmar o STJ como local de início da execução da pena. A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao STJ o exercício de seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Por isso, o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Portanto, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pela Suprema Corte. É a Constituição que alça o STF primordialmente a serviço da ordem jurídica constitucional e igualmente eleva o STJ a serviço da ordem jurídica. Isso está claro no art. 105, III, da CF, quando se observam as hipóteses de cabimento do recurso especial, todas direta ou indiretamente vinculadas à tutela da ordem jurídica infraconstitucional. Nem mesmo o excessivo apego à literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF, a qual, nessa concepção, imporia sempre o “trânsito em julgado”, seria capaz de conduzir à solução diversa. O ministro Roberto Barroso acrescentou que, por não se discutir fatos e provas nas instâncias extraordinárias, há certeza quanto à autoria e materialidade. Dessa forma, impõe-se, por exigência constitucional em nome da ordem pública, o início do cumprimento da pena, sob o risco de descrédito e desmoralização do sistema de justiça. Além disso, enfatizou que a presunção de inocência é princípio — não regra — e, como tal, pode ser ponderado com outros princípios e valores constitucionais que tenham a mesma estatura. Portanto, o peso da presunção da inocência ou não culpabilidade, após a condenação em segundo grau de jurisdição, fica muito mais leve, muito menos relevante, em contraste com o peso do interesse estatal de que os culpados cumpram pena em tempo razoável. Desse modo, o estado de inocência vai-se esvaindo à medida que a condenação se vai confirmando. Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que deferiam a medida cautelar para reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e determinar a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão ainda não houvesse transitado em julgado. Afirmavam que a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado, configuraria punição antecipada e violaria a presunção de inocência, bem como a disposição expressa do art. 283 do CPP. Também pontuavam que a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas até o trânsito em julgado da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vencido, parcialmente, o ministro Dias Toffoli, que acolhia o pedido sucessivo para determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa estivesse sendo questionada no STJ. Segundo o ministro, esse Tribunal desempenha o relevante papel de uniformizar a aplicação da lei federal nacionalmente. Todavia, no âmbito do STF, o recurso extraordinário não teria mais o caráter subjetivo. Afinal, a questão nele debatida deverá ter repercussão geral e ultrapassar os limites subjetivos do caso concreto, o que, geralmente não existe em matéria criminal. Ademais, a jurisprudência é no sentido de que a questão do contraditório e da ampla defesa é matéria infraconstitucional. ADC 43 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016. ADC 44 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016."

E, ao apreciar o ARE 964.246/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, a Suprema Corte confirmou a 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 da presunção de inocência:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 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. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

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 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso da acusação.

Nesse norte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de inocência, no julgamento do HC n. 126.292/SP (DJe 17/5/2016), entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial e extraordinário. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento, em 10/11/2016, do ARE n. 964.246/SP, examinado sob a sistemática da repercussão geral, de maneira a conferir eficácia erga omnes e vinculante à decisão da Suprema Corte proferida em recurso extraordinário.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é possível a execução provisória da pena aos casos de ação penal de competência originária do Tribunal.

3. Não há descumprimento de acórdão do Tribunal de origem que, em ação penal originária, permite ao réu recorrer em liberdade, nem tampouco ofensa à coisa julgada, ou mesmo reformatio in pejus, quando o Presidente do Tribunal acolhe pedido do Ministério Público para executar provisoriamente a pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 380.859/AP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AGRAVANTE CONDENADO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

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

2. Ademais, na tarde do dia 5/10/2016, por 6 votos a 5, o Plenário do Pretório Excelso indeferiu as cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição.

3. Por fim, o Excelso Pretório, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante, no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 25/11/2016).

4. Conforme orientação jurisprudencial desta Corte Superior, é da competência do Juízo revisional determinar a execução antecipada da pena, independentemente de recurso da acusação, não havendo que se falar, portanto, em reformatio in pejus.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 71.587/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

Por conseguinte, não há qualquer ilegalidade na determinação de intimação do paciente para que inicie a execução da sanção que lhe foi imposta, desde que após o esgotamento da instância ordinária, o que ainda não ocorreu, já que, de acordo com extrato de movimentação processual obtido na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda estão pendentes de julgamento embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação.

A propósito:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NÃO ESGOTADAS. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Conforme recente decisão do Plenário da Suprema Corte, no julgamento do HC n. 126.292/SP, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência". Logo, esgotadas as instâncias ordinárias, fica autorizado o recolhimento dos réus para o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, mesmo que pendente o trânsito em julgado da condenação.

3. Na hipótese, verifica-se que foram interpostos embargos infringentes e embargos de declaração, pendentes de julgamento. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária.

(HC 359.012/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 20/09/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para suspender a execução provisória da pena imposta ao paciente até o esgotamento da jurisdição ordinária.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0284983-4

HC 376.674 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00956426920088260050 050080956424 13082009 50080956424 5122008 57552008
956426920088260050

EM MESA

JULGADO: 18/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH LUZ E OUTRO
ADVOGADO	: MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH LUZ E OUTRO(S) - SP302670
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ELMO VIEIRA FERREIRA
CORRÉU	: PEDRO LUIZ PORRIO
CORRÉU	: HELIO BASILIO DOS SANTOS
CORRÉU	: FRANCISCO CARLOS VINTECINCO
CORRÉU	: RICARDO AMORELLI
CORRÉU	: OSWALDO ARILO PARRA JUNIOR
CORRÉU	: SEVERINO AMANCIO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Extorsão

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.