

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 135.951 DISTRITO FEDERA

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : ████████████████████████████████████████
IMPTE.(S) : ████████████████████████████████████████
ADV.(A/S) : **RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DA MEDIDA CAUTE AR Nº 25.804 DO SUPERIOR TRIBUNAL E JUSTIÇA**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ████████████████████████████████████████ contra decisão que indeferiu o pedido de liminar formulado na MC 25.804/DF, de relatoria do Ministro Antonio Saldanha Palheiro do Superior Tribunal de Justiça.

A impetrante narra, de início, que o paciente

“[...] foi condenado, em segunda instância, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em 17/10/2012, nos termos do acórdão condenatório anexo.

Ocorre que, após julgamento pelo e. STF do caso concreto verificado o HC nº 126.292, em fevereiro deste ano, no qual a Corte possibilitou cumprimento provisório da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios requereu ao **Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Brasília/DF (Vara de origem)** o cumprimento provisório da pena injustamente aplicada pelo eg. TJDFT.

Além do fato de o Tribunal de origem não ter se manifestado sobre a expedição do mandado de prisão – o que diferencia o caso ora em análise do que foi apreciado pelo STF no HC 126.292 – o juiz de origem sequer tinha competência para determinar medida de prisão no processo, visto que os autos já estavam sob análise do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a primeira ilegalidade do caso ora analisado.

Foi dessa maneira que o magistrado de piso deferiu o requerimento formulado pelo MPDFT e **determinou a prisão do Paciente, mesmo não havendo trânsito em julgado do acórdão condenatório** – o que configura a segunda, e mais

grave, ilegalidade apresentada.

Irresignado com as patentes ilegalidades, o ora Paciente requereu medida cautelar ao c. STJ, a fim de que se suspendessem os efeitos do acórdão do TJDF, **para evitar a consumação da prisão inconstitucional determinada pelo Juiz de origem**” (pág. 3 do documento eletrônico 1; grifos no original).

Informa que,

“[i]nterposto recurso de agravo interno, a 6ª Turma do STJ decidiu manter incólum a decisão monocrática então agravada. O acórdão ainda não foi publicado, motivo pelo qual segue anexa a certidão de julgamento.

Desse modo, por ato da 6ª Turma, que manteve decisão do Exmo. Ministro Antônio Saldanha, **o STJ chancelou a ilegalidade consubstanciada na determinação da prisão do Paciente, em sede de execução provisória da condenação**” (pág. 6 do documento eletrônico 1; grifos no original).

Daí porque argumenta que o caso sob exame permite a superação da Súmula 691 desta Corte.

Contrária à decisão do STJ é o presente *writ*, dirigido a este Tribunal, no qual a defesa pede a concessão da liminar para suspender a execução provisória da pena, de modo que seja permitido ao paciente aguardar o julgamento deste *habeas corpus* em liberdade. No mérito, requer a conirmação da medida de urgência

“[...] para suspender a execução provisória da pena no processo criminal originário da 3ª Vara Criminal de Brasília/DF, até o julgamento final dos recursos de natureza extraordinária interpostos nos autos do processo de origem” (pág. 13 do documento eletrônico 1).

HC 135951 MC / DF

Em 12/9/2016, os autos vieram conclusos a mim, por força do que dispõe o art. 38 do RISTF.

É o relatório. Decido o pedido de liminar.

De antemão, consigno que, nos autos do HC 1 0 217/DF, de minha relatoria, deferi medida liminar para suspender a execução provisória da pena de indivíduo, em caso análogo, por constatar a excepcionalidade daquela situação, utilizando os seguintes fundamentos:

“A impetração fundou-se na suposta violação da coisa julgada de parte da sentença condenatória que teria assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Alega-se, dessa forma, que, como esse aspecto não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público, e, portanto, na segunda instância, o paciente teria direito de recorrer em liberdade, porquanto tal situação implicaria a formação da coisa julgada no ponto.

É que na sentença, determinou-se ‘aos réus o direito de recorrerem [] em liberdade, uma vez que, apesar de a gravidade dos delitos praticados, não se encontram segregados preliminarmente pelo presente feito, pois ausentes os pressupostos da prisão preventiva’ (pág. 17 do documento eletrônico 2).

E, no acórdão, o recurso dos réus foi conhecido e parcialmente provido para afastar a pena de multa, sendo o do *Parquet* também parcialmente provido, apenas para “decretar a perda do cargo público de auditor tributário do primeiro e da segunda apelantes e para estabelecer o regime semiaberto de cumprimento da pena privativa de liberdade a todos os réus” (pág. 8 do documento eletrônico 4).

Em seguida, o Ministério Público, tendo em conta a decisão deste Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki – que afirmou a possibilidade do início da execução da pena após condenação em segunda instância –, entendeu haver razão para peticionar ao juízo de primeiro grau e requerer a prisão do paciente, no que foi atendido.

Vê-se, portanto, que a situação dos autos é teratológica, uma vez que, em decorrência de uma petição incidental do *Parquet*, o juízo utilizou-se de uma forma imprópria para modificar a fundamentação do acórdão, valendo-se de expediente não agasalhado pela legislação processual penal, o que configura, *mutatis mutandis*, uma *reformat in pejus*, vedada pelo art. 617 do Código de Processo Penal.

Com efeito, tal capítulo da sentença não foi objeto de reforma pelo Tribunal de Justiça, não havendo falar, agora, em possibilidade de alterar-se uma decisão judicial, ainda pendente de recurso nos tribunais superiores sem que tal se dê pela via processual apropriada, pela simples razão de o Supremo Tribunal ter alterado a sua jurisprudência no tocante ao tema da execução provisória da pena, ainda não confirmada em julgamento de mérito pelo Plenário - cumpre registrar - de modo a dotá-lo de efeito *erga omnes* e força vinculante.

Para prender um cidadão é preciso mais do que o simples acatamento de uma petição ministerial protocolada em primeiro grau, sobretudo quando estão em jogo valores essenciais à própria existência do Estado Democrático de Direito como a liberdade e o devido processo legal.

A determinação de que a condenação seria executada apenas após o trânsito em julgado faz parte das decisões retóricas prolatadas em primeiro e segundo graus de jurisdição, as quais em nenhum momento foram atacadas, no ponto, pelos meios processuais adequados. Trânsito em julgado difere substancialmente - como é óbvio - de julgamento em segundo grau. A vontade do magistrado singular e dos juízes que integraram o colegiado recursal manifestaram, explícita e também implicitamente, a vontade de que a primeira das duas hipóteses regesse a eventual prisão do paciente.

A antecipação do cumprimento da pena, no caso singular sob exame, somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar”.

HC 135951 MC / DF

Observo que lá, assim como aqui, a impetração está fundada na suposta violação da coisa julgada de parte da sentença condenatória que teria assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Isso porque, como pode se ver, no dispositivo da sentença, ficou consignado que os acusados, dentre eles o ora paciente responderam ao processo em liberdade e, “estando encerrada a instrução e não havendo notícia de mudança na situação fática, ausentes, pois, os requisitos ensejadores da segregação de natureza cautelar, CONCEDO AOS ACUSADOS O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, salvo se por outro motivo houverem de ser rejeitados” (pág. 19 do documento eletrônico 7; grifos no original).

Deve ser ressaltado que a sentença condenatória assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, de modo que, como esse aspecto não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público, o paciente tem o direito de recorrer em liberdade, porquanto tal situação implicaria a formação da coisa julgada no ponto.

Além disso, no acórdão, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, apesar de dar parcial provimento às apelações dos réus e do Ministério Público (documento eletrônico 9), sequer tratou da parte do dispositivo da sentença que garantiu ao paciente o direito de permanecer em liberdade durante a fase recursal.

Ocorre que o Ministério Público, levando em consideração a decisão deste Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki – que afirmou a possibilidade do início da execução da pena após condenação em segunda instância, peticionou ao juízo de primeiro grau requerendo a prisão do paciente, no que foi atendido (documento eletrônico 5).

Vê-se, portanto, assim como constatei nos autos do HC 140.217/DF,

HC 135951 MC / DF

que a situação dos autos também é teratológica, uma vez que, em decorrência de uma petição incidental do *Parquet*, o juízo da 3ª Vara Criminal de Brasília utilizou-se de uma forma imprópria para motivar a fundamentação do acórdão, valendo-se de expediente não gasalhado pela legislação processual penal, o que configura, *mutatis mutandis*, uma *reformatio in pejus*, vedada pelo art. 617 do Código de Processo Penal.

Com efeito, tal capítulo da sentença não foi objeto de reforma pelo Tribunal de Justiça local, não havendo falar agora, em possibilidade de alterar-se uma decisão judicial, ainda pendente de recurso nos tribunais superiores, sem que tal se dê pela via processual apropriada, pela simples razão de o Supremo Tribunal ter alterado a sua jurisprudência no tocante ao tema da execução provisória da pena, ainda não confirmada em julgamento de mérito pelo Plenário - cumpre registrar - de modo a dotá-lo de efeito *erga omnes* e força vinculante.

Para prender um cidadão é preciso mais do que o simples acatamento de uma petição ministerial protocolada em primeiro grau, sobretudo quando estão em jogo valores essenciais à própria existência do Estado Democrático de Direito como a liberdade e o devido processo legal.

A detriminação de que a condenação seria executada apenas após o trânsito em julgado faz parte das decisões pretorianas prolatadas em primeiro e segundo graus de jurisdição, as quais em nenhum momento foram atacadas, no ponto, pelos meios processuais adequados. Trânsito em julgado difere substancialmente - como é óbvio - de julgamento em segundo grau. A vontade do magistrado singular e dos juízes que integraram o colegiado recursal manifestaram, explícita e também implicitamente, a vontade de que a primeira das duas hipóteses regesse a eventual prisão do paciente.

A antecipação do cumprimento da pena, no caso singular sob exame,

HC 135951 MC / DF

somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, satisfatoriamente, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar.

Assim, da análise dos autos, verificando que o caso dos autos se assemelha em tudo àquele tratado no HC 140.217/D entendendo aplicáveis aqui os mesmos fundamentos do referido precedente.

Por essas razões, constatada a excepcionalidade da situação em análise, defiro a medida liminar para que seja suspensa a execução da pena até que o mérito deste *habeas corpus* seja julgado pelo colegiado competente.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 3ª Vara Criminal de Brasília, requisitando-lhe informações.

Após, ouça-se a Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 28 de março de 2017.

Ministro **Ricardo Lewandowski**
Relator