

07/03/2017

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 135.567 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
EMBTE.(S) : B N
ADV.(A/S) : GILBERTO ANTONIO LUIZ E OUTRO(A/S)
EMBDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 360.826 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. Não cabem embargos declaratórios contra decisão monocrática proferida pelo Ministro relator. Conversão dos embargos em agravo regimental.

2. A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Precedentes do Plenário do STF.

3. A orientação adotada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, não significou aplicação retroativa de lei penal mais gravosa. Precedentes.

4. Embargos recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em converter os embargos de declaração em agravo interno e desprovê-lo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 24 de fevereiro a 6 de março de 2017.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

07/03/2017

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 135.567 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
EMBTE.(S) : B N
ADV.(A/S) : GILBERTO ANTONIO LUIZ E OUTRO(A/S)
EMBDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 360.826 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de embargos declaratórios contra decisão monocrática de minha lavra que negou seguimento ao *habeas corpus*, nos seguintes termos:

“[...] 1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra decisão que indeferiu a cautelar requerida no HC 360.826, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça.

2. Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, assegurado ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

3. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação da defesa, determinando a expedição de “*mandado* de prisão em desfavor do condenado, nos termos do entendimento acertadamente estabelecido no Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292 MC/SP”.

4. Em seguida, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. O Relator do HC 360.826, Ministro Felix Fischer, indeferiu a medida cautelar. Ato contínuo, foi apresentado pedido de reconsideração, indeferido.

5. Neste *habeas corpus*, a parte impetrante sustenta a

HC 135567 ED / SP

inconstitucionalidade da execução provisória da pena, destacando que, no caso, a data do fato (11.06.2014) é anterior ao julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, no qual se autorizou o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Alega, ainda, a ausência de comprovação da materialidade delitiva e afirma que o paciente “*é pessoa idosa, com mais de 80 anos de idade e com problemas auditivos graves, necessitando de cuidados especiais*”. Daí o pedido de concessão da ordem a fim de revogar a prisão processual do paciente ou, subsidiariamente, a fim de substituir a custódia pela prisão domiciliar.

Decido.

6. Inicialmente ressalto que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). No entanto, o rigor na aplicação do enunciado sumular vem sendo mitigado nos casos de evidente ilegalidade ou abuso de poder, de decisões de Tribunal Superior manifestamente contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de decisões teratológicas.

7. Não é caso de superação da Súmula 691/STF.

8. De início, verifico que a petição inicial do *writ* não foi instruída com cópia do ato apontado como coator, o que atrai a incidência da orientação de que constitui ônus do impetrante instruir a petição do *habeas corpus* com as peças necessárias ao exame da pretensão nela deduzida (HC 95.434, Relator o Min. Ricardo Lewandowski; HC 116.523, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 100.994, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 94.219, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

9. Ademais, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que “*A alegação de ausência de autoria e materialidade é insuscetível de deslinde em sede de habeas corpus, que, como é cediço, não comporta reexame de fatos e provas*” (RHC 117.491, Rel. Min. Luiz Fux). O que inviabiliza o acolhimento da tese defensiva de que não restou comprovada a materialidade do crime de estupro de vulnerável.

HC 135567 ED / SP

10. Não bastasse isso, as peças que instruem o processo sinalizam que a decisão do Tribunal Estadual está, em princípio, alinhada com a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Refiro-me ao HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS . PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.”

11. No caso de que se trata, julgada a demanda de forma convergente entre o primeiro grau e o segundo grau, deu-se que o Tribunal Estadual determinou a execução provisória da sanção, nos exatos termos da nova orientação do Plenário do STF. De modo que não é possível falar em decisão teratológica, ou patentemente desfundamentada, que dê ensejo para que o Supremo Tribunal Federal se antecipe ao pronunciamento de mérito do órgão judicante competente (no caso, o STJ).

12. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, não conheço do *habeas corpus*.”.

2. Nestes embargos declaratórios, a defesa *“alega que referido decisum foi omissum, pois não analisou a questão da IRRETROATIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL, ainda que oriunda do Colendo STF (HC 126.292), pois o fato supostamente cometido pelo Embargante é anterior a radical mudança na jurisprudencial do STF, conforme exaustiva argumentação na petição inicial, cujos argumentos reiteram-se”*.

HC 135567 ED / SP

3. Por meio da petição nº 66016/2016, a defesa deu conta de que sobreveio o julgamento do mérito do *habeas corpus* alvo desta impetração. Oportunidade em que a Quinta Turma do STJ conheceu dos embargos declaratórios como agravo regimental a que se negou provimento. Daí reiterar o pedido para que se examine o mérito deste HC.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da Dra. Cláudia Sampaio Marques, manifesta-se pela rejeição dos embargos de declaração.

5. É o relatório.

07/03/2017

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 135.567 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Recebo os presentes embargos de declaração como agravo regimental, tendo em vista a pretensão da parte recorrente em ver reformada a decisão ora impugnada (MI 823-ED-segundos, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 11.022-ED, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; ARE 680.718-ED, Rel. Min. Luiz Fux).

2. O agravo não deve ser provido.

3. Tal como apontou a decisão impugnada, as peças que instruem o processo sinalizam que a ordem prisional expedida pelo Juízo de origem está, em princípio, alinhada com a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Refiro-me ao HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS . PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.”

4. No caso de que se trata, julgada a demanda de forma

HC 135567 ED / SP

convergente entre o primeiro grau e o segundo grau, deu-se que o Juízo de origem determinou a imediata execução da pena.

5. Nessas condições, não parece ser possível falar em decisão teratológica, ou patentemente desfundamentada, que justifique a concessão da ordem de ofício. Até mesmo porque o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente pronunciamento, reiterou o entendimento no sentido da possibilidade de execução provisória da pena. Refiro-me às medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, da relatoria do Min. Marco Aurélio. Tal orientação jurisprudencial foi reafirmada, em sede de repercussão geral, na análise do ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki.

6. Ademais, improcede o argumento de que a alteração jurisprudencial não poderia alcançar fato praticado em momento anterior. Tal como consignado pelo Ministro Teori Zavascki, no julgamento do ARE 964.246, em sede de repercussão geral, *“a decisão no HC 126.292 não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas entendimento relativo à dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, proveniente de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente...”*. De modo que deve ser acolhido, no ponto, o parecer do Ministério Público Federal, do qual extraio as seguintes passagens:

“[...] 7. No que concerne à alegação de irretroatividade do referido entendimento jurisprudencial, por sua vez, como bem elucidou o e. Min. Edson Fachin, em caso análogo ao dos autos, “a irretroatividade não merece acolhida, porque não se trata de discussão acerca da aplicação da lei no tempo, mas de mera evolução interpretativa, com efeitos implementáveis a qualquer momento, respeitada, por óbvio, a coisa julgada^{1”}.

7. Por último, não há como deixar de reconhecer o prejuízo

1 HC 133.367, Rel. Min. Edson Fachin.

HC 135567 ED / SP

da impetração. A própria defesa fez vir aos autos a informação de que sobreveio o julgamento do mérito do *habeas corpus* alvo desta impetração perante o Superior Tribunal de Justiça. Circunstância que também inviabilizaria o conhecimento do presente pedido de *habeas corpus*, uma vez que é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que *“a superveniente modificação do quadro processual, resultante de inovação do estado de fato ou de direito ocorrida posteriormente à impetração do habeas corpus, faz instaurar situação configuradora de prejudicialidade (RTJ 141/502), justificando-se, em consequência, a extinção anômala do processo”* (HC 83.799-AgR, Rel. Min. Celso de Mello). Vejam-se, nessa linha, o HC 109.142, Rel. Min. Dias Toffoli; e o HC 123.431, de minha relatoria.

8. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.
9. É como voto.

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 135.567 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
EMBTE.(S) : B N
ADV.(A/S) : GILBERTO ANTONIO LUIZ E OUTRO(A/S)
EMBDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 360.826 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Divirjo. Conforme venho me pronunciando, entendo ser incabível, na regência do Código de Processo Civil de 1973, a conversão dos declaratórios em agravo regimental.

Já sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o relator deverá observar o disposto no § 3º do artigo 1.024, determinando a intimação do recorrente para complementação das razões, em observância à exigência do § 1º do artigo 1.021, nele contido.

Além disso, o *habeas corpus* é ação constitucional voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. O processo que o veicule, devidamente aparelhado, deve ser submetido ao julgamento de Colegiado. Descabe observar quer o disposto no artigo 21 do Regimento Interno, no que revela a possibilidade de o relator negar seguimento a pedido manifestamente improcedente, quer o artigo 932 do Código de Processo Civil. Provejo o agravo para que o *habeas corpus* tenha sequência.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 135.567

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

EMBTE.(S) : B N

ADV.(A/S) : GILBERTO ANTONIO LUIZ (13880-A/MS, 76663/SP) E

OUTRO(A/S)

EMBDO.(A/S) : RELATOR DO HC N° 360.826 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, converteu os embargos de declaração em agravo interno e o desproveu, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 24.2 a 6.3.2017.

Composição: Ministros Marco Aurélio (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. Disponibilizou processos para esta Sessão o Ministro Edson Fachin.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma