

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 146.818 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : RODRIGO FERMO VIDIGAL STEFENONI
IMPTE.(S) : RICARDO TAUFFER PADILHA
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO RHC Nº 87.166 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Ricardo Tauffer Padilha, em favor de **Rodrigo Fermo Vidigal Stefenoni**, contra decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no exercício da Presidência, que indeferiu a liminar requerida nos autos do RHC 87.166/RJ.

Consta dos autos que o paciente (ex-Chefe de Gabinete do Governador do Estado do Espírito Santo) foi condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 90 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal (peculato-furto). (eDOC 20)

No caso concreto, atribui-se ao paciente a conduta de ter concorrido para que fosse subtraída, em proveito próprio ou alheio, boa parte da quantia advinda da doação ambiental efetuada pela empresa SAMARCO MINERAÇÃO S.A. durante uma operação de transferência de créditos de ICMS à empresa ESCELSA – ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A.

Referida condenação foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Em 11 de abril de 2017, o Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo, acolhendo manifestação do Ministério Público Federal, determinou a execução da pena imposta ao ora paciente e dos demais condenados nos autos da Ação Penal 0004975-61.2007.4.02.5001. (eDOC 22)

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem em acórdão assim ementado:

“HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF. PACIENTE ADVOGADO QUE JÁ ESTAVA RECOLHIDO EM SALA COMPATÍVEL À DO ESTADO-MAIOR. ORDEM DENEGADA.

I - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de decisão que determinou a execução provisória da pena privativa de liberdade do paciente - de 4 (quatro) anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 90 dias-multa pela prática de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal)

II - Duas questões se colocam para o exame do Tribunal. A primeira diz respeito à possibilidade de execução provisória da pena do paciente, na medida em que o comando contido no item 11 da sentença seria claro ao permitir que, somente com o trânsito em julgado, fosse expedida a carta de execução de sentença condenatória. A segunda questão é saber se o Estado do Espírito Santo dispõe de sala de Estado-Maior ou local compatível para o recolhimento do paciente, que é advogado.

III - A 3ª Seção do STJ já firmou entendimento de que *'a pendência de julgamento de recursos nas instâncias extraordinárias não implica na competência exclusiva de tais instâncias para decidir sobre o início ou sobre providências de execução provisória'* (STJ. Rcl 32.426/DF. DJe 13.02.2017), sendo certo que, no caso concreto, a execução provisória da pena não foi determinada de ofício pelo Juiz, mas requerida pelo MPF em 1º grau. Atuação correta da autoridade impetrada ao reconsiderar seu posicionamento anterior para se adequar ao entendimento pacificado no âmbito do STJ.

IV - O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, em 17.02.2016, e ainda no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, em 05.10.2016, e do Agravo em Recurso Extraordinário 964.256/BA, com repercussão geral reconhecida, em 11.11.2016, firmou entendimento no sentido de que a pendência de julgamento de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário não obsta a execução da pena.

V - Firmada tal posição pelo Plenário do STF em três

HC 146818 MC / ES

oportunidades, ainda que por maioria, cabe às demais instâncias do Judiciário aplicar a tese jurídica aos processos em curso, de forma isonômica, pois nisso reside a racionalidade do sistema judiciário brasileiro. Assim, não devem prevalecer as disposições das sentenças de primeiro grau que impeçam a aplicação àqueles que estão na situação descrita pelo Supremo Tribunal Federal da execução provisória da pena.

VI – A execução provisória da pena do paciente não é obstada pelo comando, contido na sentença condenatória, de que a carta de execução de sentença apenas poderia ser expedida com o trânsito em julgado. A referida determinação possui caráter ordinatório e, longe de fazer coisa julgada, apenas encerra comando dirigido à secretaria da Vara, destinado à adoção de atos de processamento que decorreriam do trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) condenatório.

VII – Ausência de violação do disposto do art. 7º, V, da Lei 8.906/94. O Juízo da VEP já entendeu que o Quartel do Comando Geral da Polícia Militar do Espírito Santo dispõe de sala compatível.

VIII – Ordem denegada”. (eDOC 25)

Daí a interposição de recurso ordinário em *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido liminar. Pendente o julgamento do mérito.

Neste *writ*, o impetrante reitera os pedidos pretéritos e enfatiza a ilegalidade da decisão que determinou a execução provisória da sentença, porquanto ofende a coisa julgada material e o princípio do juiz natural.

Sustenta que:

“Ora, não está em discussão o teor da mudança jurisprudencial, mas sim o fato de que o precedente não se aplica ao caso concreto por haver disposição expressa, passada em julgado, determinando o contrário.

Com o devido respeito, o precedente citado tanto pelo MM. Juiz da 1.^a Vara Criminal Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, quanto pela 2.^a Turma Especializada do Egrégio

HC 146818 MC / ES

Tribunal Regional Federal, quanto pelo Ministro Humberto Martins, para justificar a possibilidade de superar-se a coisa julgada no caso concreto não se aplica aqui. Aqui, além de previsão expressa na sentença de início do cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da condenação, o eg. TRF2, ao julgar os apelos das partes, manteve intacta a sentença de primeiro grau nesse ponto.

Com o devido respeito, não se pode agora ignorar referida determinação e pretender a imediata prisão do recorrente. Reitere-se que a determinação do douto juízo sentenciante e da 2.^a Turma Especial do TRF2 de que somente após o trânsito em julgado teria início a execução da pena fez coisa julgada, tornando imutável, no ponto, a r. decisão, não havendo o que se falar em contrário”. (eDOC 1, p. 5)

Argumenta ainda a possibilidade de alteração do entendimento firmado pelo STF, tendo em vista os votos proferidos no julgamento do HC 136.720 (8.8.2017), no sentido de conceder a ordem para garantir o direito ao réu de recorrer em liberdade. Assim afirma:

“[a] ‘malfadada’ execução provisória da pena, quando confirmada a sentença condenatória em segunda instância de jurisdição, COMEÇOU A TOMAR OUTRO RUMO, já que na sessão havida no dia 08/08/2017, os ministros Ricardo Lewandowski (relator), Gilmar Mendes e Celso de Mello, todos da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem o *Habeas Corpus* n.º 136.720, que analisava matéria jurídica idêntica à debatida no presente pedido de salvo conduto, qual seja, a impossibilidade da execução da pena, mesmo que a sentença de primeiro grau e a decisão de segunda instância tenham garantido ao réu o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, votaram, antecipando seus votos, pela concessão do pedido para garantir o direito de o réu recorrer em liberdade.

Embora o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 136720, tenha sido suspenso pelo pedido de vista do Exmo. Ministro Edson

HC 146818 MC / ES

Fachin, ao que tudo indica, a ordem de salvo conduto será concedida naqueles autos, já que a maioria dos Ministros da Segunda Turma do STF, já se posicionaram favoráveis à tal concessão, antecipando seus votos”. (eDOC 1, p. 26-27)

Requer o afastamento da Súmula 691/STF para que, liminarmente e no mérito, seja revogada a custódia cautelar com a consequente suspensão da execução provisória da pena imposta ao paciente.

Em 4 de setembro de 2017, determinei, com urgência, a solicitação de informações ao STJ sobre o julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 1.035.285/ES, as quais foram prestadas (eDOC 53).

É o relatório.

Decido.

Conforme relatado, trata-se de *habeas corpus* por meio do qual a parte impetrante insurge-se contra decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins, Vice-Presidente, no exercício da Presidência do STJ, que indeferiu a liminar requerida nos autos do RHC 87.166/RJ, em trâmite naquela Corte.

A jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus*, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante tribunal superior, antes do julgamento definitivo do *writ* [cf. HC (QO) 76.347/MS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 8.5.1998; HC 79.775/AP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, maioria, DJ 17.3.2000; e HC 79.748/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, maioria, DJ 23.6.2000]. E mais recentemente: HC 132.185-AgR/SP, por mim relatado, 2ª Turma, unânime, DJe 9.3.2016; HC 140.285 AgR/TO, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, maioria, DJe 24.4.2017; HC 143.069 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 9.5.2017.

Essa conclusão está representada na Súmula 691 do STF, *in verbis*: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

É bem verdade que o rigor na aplicação de tal entendimento tem

HC 146818 MC / ES

sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 85.185/SP, Plenário, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; HC 129.554/SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 14.10.2015, e HC 135.520/MT, 2ª Turma, por maioria, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2016; bem como as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005; e HC 128.479/AC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.10.2015).

Na hipótese dos autos, à primeira vista, entendo caracterizada situação apta a ensejar o afastamento da Súmula 691/STF. Explico.

Monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual.

No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

HC 146818 MC / ES

Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

No caso, solicitadas informações ao STJ, verifico que o Agravo em Recurso Especial n. 1.035.285/ES encontra-se pendente de apreciação naquela Corte Superior. Vejamos:

“Comunico a Vossa Excelência, em atenção ao pedido de informações no AREsp 1.035.285/ES referente a MC no HC 146.818/ES, impetrado no Supremo Tribunal Federal, que, após a prolação de decisão indeferindo o pedido de tutela provisória da pena, os autos retornaram-me conclusos em 3/8/2017, os quais possuem previsão de julgamento ainda no mês de setembro.”

A preocupação com a duração do processo penal não é nova. Há muito tempo, discorre-se sobre a necessidade de que a marcha processual desenvolva-se num prazo razoável.

O que motivou o constituinte derivado a inserir a razoável duração do processo no rol dos direitos e garantias fundamentais foi a preocupação com a celeridade dos processos.

A inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF refletiu o anseio de toda a sociedade de obter resposta para solução dos conflitos de forma célere, pois a demora na prestação jurisdicional constitui verdadeira negação de justiça.

Comungando das mesmas preocupações com a demora no andamento do processo, Luiz Guilherme Marinoni lembra ainda outra consequência da morosidade processual, na medida em que passa a ser verdadeiro inibidor de acesso à Justiça, levando a desacreditar no papel do Judiciário, o que é altamente nocivo aos fins de pacificação social da jurisdição, podendo até mesmo conduzir à deslegitimação do poder (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*

, p. 30).

Por outro lado, não se pode imaginar processo em que o provimento seja imediato. É característica de todo processo durar, não ser instantâneo ou momentâneo, prolongar-se. O processo implica sempre um desenvolvimento sucessivo de atos no tempo (JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5).

Ocorre, porém, que não se pode ficar indefinidamente à espera da resposta estatal. E, no âmbito penal, a demora da prestação jurisdicional assume contornos bem mais específicos.

Conforme tenho enfatizado em diversas ocasiões, em circunstâncias como esta, é necessário conferir máxima efetividade à realização das garantias e direitos fundamentais envolvidos os quais assumem contornos peculiares, principalmente em sede penal.

No processo penal, o réu, preso ou não, tem o direito de obter resposta do Estado-juiz não pode ficar vinculado indefinidamente a um processo criminal. A investigação criminal e o processo penal afetam a intimidade, a vida privada e a própria dignidade do investigado ou do réu.

Em outras palavras, em se tratando de processo penal, em que estão em jogo os bens mais preciosos do indivíduo - a liberdade e a dignidade, torna-se ainda mais urgente alcançar solução definitiva do conflito.

Em atenção ao princípio da duração razoável do processo (agravo em recurso especial pendente de apreciação) e considerando a plausibilidade de acolhimento das alegações sustentadas pela defesa no recurso especial (dosimetria da pena e conseqüente mudança de regime inicial de cumprimento da reprimenda), entendo que a concessão do pedido liminar é medida que se impõe.

Ante o exposto, **defiro, em parte, o pedido de medida liminar, para suspender até o julgamento do mérito deste writ**, o início da execução provisória da pena a qual o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal n. 0004975-61.2007.4.02.5001, da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo.

HC 146818 MC / ES

Comunique-se com urgência ao STJ, ao TRF da 2ª Região e ao Juízo de origem.

Publique-se.

Brasília, 18 de setembro de 2017.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente