

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 140.213 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : GERSINO DONIZETE DO PRADO
IMPTE.(S) : MARCO AURELIO PINTO FLORENCIO FILHO E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS. PENAL E
PROCESSUAL PENAL. CRIME DE
CONCUSSÃO. ARTIGO 316 DO
CÓDIGO PENAL. FORO POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.
EXECUÇÃO PROVISÓRIA
SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO.
ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO
DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E
AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.
LIMINAR DEFERIDA PARCIALMENTE.**

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado contra eventual decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de se determinar a execução provisória da pena, em razão de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que recebeu os recursos especial e extraordinário interpostos sem, contudo, conferir-lhes efeito suspensivo.

Colhe-se dos autos a informação de que o paciente foi condenado pela prática de diversos crimes de concussão (cento e setenta vezes), condutas tipificadas no artigo 316 do Código Penal, à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs embargos de declaração, os quais restaram rejeitados. Ato contínuo, houve a interposição de recursos especial e extraordinário dirigidos, respectivamente, ao Superior Tribunal

HC 140213 MC / SP

de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Nenhum dos recursos dirigidos à superior instância foi recebido com efeito suspensivo.

Informa que *“uma vez que o Subprocurador-Geral da República requereu a execução da pena ilegalmente imposta ao Dr. Gersino Donizete Do Prado, demonstrada pelo recebimento integral dos Recursos Especial e Extraordinário interpostos; e, ainda, pelo fato de não ter, o Paciente, direito ao duplo grau de jurisdição, é o presente writ para garantir a sua liberdade, com base nos artigos 5º, incisos XLVI, LIV, LV, LVII, da Constituição Federal; 283, do Código de Processo Penal; 49, 59, 60, 68, do Código Penal, e art. 8º, item 2, alínea “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos”*.

Delineada essa situação, impetrou-se este *habeas corpus* preventivo perante esta Corte com o objetivo de impedir a execução provisória da pena nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC 126.292. A Corte, contudo, indeferiu o pedido.

No presente *writ*, a defesa alega, em síntese, a existência de constrangimento ilegal consubstanciado na inobservância da determinação constante da decisão condenatória no sentido da imprescindibilidade do trânsito em julgado para que se expeça o mandado de prisão, bem como na inocorrência, *in casu* de observância do princípio do duplo grau de jurisdição. Aduz que *“a condenação do Paciente se deu em instância única, uma vez que este, Magistrado do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, possui foro por prerrogativa de função, nos termos do disposto no artigo 96, inciso III, da Constituição Federal 2. Logo, não foi assegurado ao Paciente o direito ao duplo grau de jurisdição”*. Entende que a execução provisória da pena após a condenação e antes do trânsito em julgado, no caso concreto, viola o princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

Sustenta, ainda, a inaplicabilidade dos precedentes firmados no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 126.292 e ADCs 43 e 44 ao presente caso, porquanto o entendimento teria sido firmado para casos em que houvesse julgamento em primeiro e segundo graus. Advoga a tese da irretroatividade do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal.

HC 140213 MC / SP

Argumenta pelo reconhecimento de nulidade processual consistente em *“ilegal e imotivada delegação de toda a instrução e do interrogatório”*. Aponta, ainda, que o ato de delegação teria violado três aspectos fundamentais: *“i) delegação de toda a instrução e não de atos instrutórios; ii) delegação de instrução para Desembargador de mesma hierarquia e competência territorial, o que retira, decerto, o fundamento da delegação e demonstra a parcialidade que se pretendeu atribuir ao julgamento no presente caso; e iii) delegação da instrução para Desembargador determinado, sem observância à regra do sorteio em clara violação ao que fora consignado na paradigmática Ação Penal n.º 470”*, alegando, também, suposta parcialidade do relator do acórdão condenatório, bem como a inépcia da denúncia e ilegalidade na dosimetria da pena.

Ao final, formula pedido nos seguintes termos:

“Ante todo o exposto, esperam os Impetrantes: i) seja deferida a medida liminar, concedendo efeito suspensivo aos Recursos Especial n.º 1530264/SP e Extraordinário interpostos em 13 de fevereiro de 2015, nos autos da Ação Penal n.º 0146570-72.2011.8.26.0000, que tramitou no Colendo Órgão Especial do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, para que seja facultado ao Paciente aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, até o julgamento colegiado deste Writ ; e ii) NO MÉRITO, com fulcro nos artigos 564, incisos I e IV; e 648, inciso I, todos do Código de Processo Penal, seja concedida a ordem para que a prisão em face do Dr. GERSINO DONIZETE DO PRADO não seja decretada nos autos do Recurso Especial n.º 1530264/SP, com a consequente manutenção de sua liberdade até o trânsito em julgado da decisão, pois: ii.a) inaplicável o novo entendimento estabelecido por este Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, recentemente confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, notadamente porque não foi respeitado o duplo grau de jurisdição, observando-se que o Paciente fora julgado em instância única; ii.b) inaplicável o novo entendimento estabelecido por este Eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP,

HC 140213 MC / SP

recentemente confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, evidentemente porque, conforme exposto, os Ministros não foram taxativos em determinar a prisão de todos aqueles julgados e condenados por Tribunais Estaduais ou Federais, mas somente nos casos de interposição de recursos protelatórios, o que não se verifica no caso em tela, haja vista terem sido os Recursos Constitucionais interpostos pelo Paciente recebidos direta e integralmente pelo Em. Presidente do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo; ii.c) demonstrou-se uma infinidade de ilegalidades impostas ao Paciente, o que, sem dúvidas, acarretará no provimento dos recursos especial e extraordinários interpostos, para os quais pleiteia-se a concessão de efeito suspensivo; ii.d) irretróativos efeitos do precedente fixado por esta Eg. Corte Superior no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, utilizado como único subsídio para a decretação da prisão do Paciente; ii.e) demonstrou-se a possibilidade, admitida pela jurisprudência e doutrina, da concessão de efeito suspensivo aos Recursos Especial e Extraordinário”

É o relatório, **DECIDO**.

A questão de fundo versa matéria que demanda um exame mais detido por este juízo, porquanto faz-se necessária a reflexão acerca da aplicabilidade à autoridade sujeita ao foro *ratione muneris* do entendimento firmado por esta Corte nas ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 43 e 44 posição reafirmada recentemente no julgamento do ARE 964.246 o qual teve repercussão geral reconhecida, (tema 925) -, quanto à possibilidade do início da execução da pena após condenação em segunda instância e antes do efetivo trânsito em julgado.

Ademais, constata-se, *primo icto oculi*, que o réu na ação penal de trâmite originário no tribunal local não pode aguardar preso, por tempo indefinido, o juízo de valor que será proferido, em consequência, restando caracterizado o *periculum in mora*.

Por essa razão, os valores consagrados pelo ordenamento constitucional, neste específico caso, mostram-se resguardados ao se permitir que o agente, cuja situação pode não se amoldar aos precedentes

HC 140213 MC / SP

referidos, aguarde a manifestação do Ministério Público em liberdade.

Ex positis, **defiro parcialmente** a liminar para sustar a execução do acórdão até que advenha aos autos o parecer do Ministério Público Federal.

Estando os autos suficientemente instruídos, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Int..

Brasília, 16 de fevereiro de 2017.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento Assinado Digitalmente