

## HABEAS CORPUS 160.296 RIO GRANDE DO SUL

**RELATOR** : MIN. GILMAR MENDES  
**PACTE.(S)** : JOSE ANTONIO FERNANDES  
**PACTE.(S)** : FERDINANDO FRANCISCO FERNANDES  
**PACTE.(S)** : FERNANDO FERNANDES  
**IMPTE.(S)** : BRUNO SELIGMAN DE MENEZES  
**COATOR(A/S)(ES)** : RELATOR DO HC N° 447.024 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Bruno Seligman de Menezes, em favor de José Antônio Fernandes, Ferdinando Francisco Fernandes e Fernando Fernandes, contra decisão proferida pelo Ministro Félix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu a liminar no HC 447.024/RS.

Consta dos autos que após deflagrada a “Operação Rodin”, os pacientes foram denunciados pela suposta prática dos delitos de peculato, formação de quadrilha, crimes de licitações, corrupção passiva, corrupção ativa, falsidade ideológica, supressão de documentos, extorsão e concussão.

Após regular trâmite da instrução, os réus foram condenados à seguintes sanções:

- José Antônio Fernandes: 10 anos e 6 meses de detenção e 5 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além de 520 dias-multa;

-Ferdinando Francisco Fernandes: 10 ano e 06 meses de detenção e 05 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e 520 dias-multa;

-Fernando Fernandes: 09 anos e 09 meses de detenção e 04 anos e 06 meses de reclusão, também a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como 255 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que desproveu do recurso e manteve a sentença por seus próprios fundamentos.

Na ocasião, o Tribunal *a quo* determinou o início da execução provisória da pena.

## HC 160296 / RS

Opostos embargos infringentes, estes encontram-se pendente de julgamento.

Daí a impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. Na oportunidade, postulou-se a suspensão da execução provisória da pena até o trânsito em julgado da ação penal.

O Ministro Félix Fischer, então relator do HC 447.024/RS, concedeu parcialmente a medida cautelar a fim de determinar que os pacientes aguardem em liberdade até o julgamento dos embargos infringentes. (eDOC 12)

Nesta Corte o impetrante reitera os pedidos pretéritos e enfatiza a suspensão provisória da pena.

Requer, preliminarmente, o afastamento da Súmula 691 e, no mérito, a concessão de liberdade provisória até o trânsito em julgado da ação penal.

Este processo foi a mim distribuído por prevenção em razão do RE 835.159/RS. (eDOC 14)

É o relatório.

### **Passo a decidir.**

Preliminarmente, 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*. Conforme jurisprudência: HC (QO) 76.347/MS, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, unânime, DJ 8.5.1998; HC 79.238/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, unânime, DJ 6.8.1999; HC 79.776/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, unânime, DJ 3.3.2000; HC 79.775/AP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, maioria, DJ 17.3.2000; e HC 79.748/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, maioria, DJ 23.6.2000. E mais recentemente: HCAgR 129.907/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, unânime, DJe 13.10.2015; HC-AgR 132.185/SP, por mim relatado, Segunda Turma, unânime, DJe 9.3.2016; HC 133.158/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 11.3.2016; e HC 133.287/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 7.3.2016.

## HC 160296 / RS

Essa conclusão está representada na Súmula 691 do STF: *“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 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 84.014/MG, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.2004; HC 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; e HC 88.229/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, maioria, DJ 23.2.2007; HC 129.554/SP, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 14.10.2015; e HC 129.872/SP, Segunda Turma, unânime, de minha relatoria, DJe 29.9.2015; e a seguinte decisão monocrática: HC 85.826/SP (MC).

Na hipótese dos autos, 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

## HC 160296 / RS

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.

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.

Recentemente, a Segunda Turma julgou o HC 152.752/PR, DJe 27.6.2018, de modo que novamente manifestei-me no sentido de que o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça é a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena.

Isso porque, como anteriormente citado, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena.

Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um ajustamento do momento inicial para a execução da pena, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e a com a nossa realidade. Não se altera a essência do entendimento majoritário desta Corte estabelecido no HC 126.292, de esgotamento das instâncias soberanas na apreciação dos fatos para se considerar imutável a condenação, apenas muda-se o marco.

Fora desse referido marco, abrem-se três possibilidades de antecipação da execução da pena:

**A primeira:** possibilidade de antecipar-se a execução da pena ocorreria com o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, tendo em vista que parte ou parcela da pena tornou-se líquida por falta de argumentação recursal. A pena incontroversa poderia ser executada ainda na primeira instância (execução da pena mínima).

## HC 160296 / RS

**A segunda:** possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do trânsito em julgado progressivo, decorrente agora da precipitação em habeas corpus (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário), tornando desnecessário aguardar o julgamento destes para o cumprimento da reprimenda.

**A terceira:** uma vez confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, formando-se, portanto, título executivo mais robusto, abre-se a possibilidade, em crimes graves, regime fechado, de nova análise do cabimento da antecipação da execução da pena para garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal, mediante uma nova interpretação do conceito de ordem pública.

No caso, após o desprovimento da apelação, a defesa opôs embargos de declaração no TRF/4ª, no entanto, até a presente data inexistente julgamento de mérito.

Assim, considerando a pendência no julgamento do referido recurso, entendo que a concessão da ordem do presente *writ* é medida que se impõe, principalmente, pelo fato de a jurisdição não ter sido exaurida em segunda instância.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para que os réus aguardem em liberdade até o julgamento colegiado de possível RESP/ARESP pelo Superior Tribunal de Justiça, ou de habeas corpus que verse sobre questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos endereçados aos Tribunais Superiores.

Publique-se.

Brasília, 31 de agosto de 2018.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*