

**MEDIDA CAUTELAR NOS EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO
ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 129.663 RIO GRANDE DO SUL**

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
EMBTE.(S) : **WOLF GRUENBERG**
ADV.(A/S) : **ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E
OUTRO(A/S)**
EMBTE.(S) : **BETTY GUENDLER GRUENBERG**
ADV.(A/S) : **MILENE DE LEMOS BASSOA E OUTRO(A/S)**
EMBDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCAO
DE SAO PAULO**
ADV.(A/S) : **LUIS INÁCIO LUCENA ADAMS E OUTRO(A/S)**

**EMENTA: A QUESTÃO DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DE CONDENAÇÕES
PENAIAS NÃO TRANSITADAS EM
JULGADO. INTERPRETAÇÃO DO
ART. 5º, INCISO LVII, DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
DISSENSO INTERNO REGISTRADO NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
POSSÍVEL ALTERAÇÃO DE RECENTE
DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL QUE SE
FORMOU, NESTA CORTE, POR EXÍGUA
MAIORIA (6 VOTOS A 5). POSIÇÃO DO
RELATOR (MINISTRO CELSO DE
MELLO), INTEGRANTE DA CORRENTE
MINORITÁRIA, QUE ENTENDE
NECESSÁRIO O PRÉVIO E EFETIVO**

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL, PARA EFEITO DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA (LEP arts. 105 e 147; CP art. 50; CPPM arts. 592, 594 e 604). INADMISSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO FICTA DO TRÂNSITO EM JULGADO, QUE CONSTITUI NOÇÃO INEQUÍVOCA EM MATÉRIA PROCESSUAL. A IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, CONTUDO, NÃO IMPEDE O JUDICIÁRIO, COM APOIO EM SEU PODER GERAL DE CAUTELA, DE DECRETAR PRISÃO CAUTELAR DO INVESTIGADO OU DO RÉU, SEJA NO ÂMBITO DE INQUÉRITO POLICIAL, SEJA NO CURSO DO PROCESSO JUDICIAL, SEJA, AINDA, APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR, SEMPRE POSSÍVEL, ATUA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DE DEFESA SOCIAL, REVELANDO-SE APTA A NEUTRALIZAR PRÁTICAS CRIMINOSAS QUE SE REGISTREM NO SEIO DA COLETIVIDADE. CONCESSÃO, NO CASO, DE MEDIDA CAUTELAR SUSPENSIVA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO CRIMINAL DOS PACIENTES, EM RAZÃO DE 02 (DOIS) MOTIVOS JURIDICAMENTE

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

RELEVANTES: (a) AUSÊNCIA DE NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E ADEQUADA, EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 93, IX), DO ATO DECISÓRIO QUE DETERMINOU O INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA E (b) POSSÍVEL OFENSA AO PRINCÍPIO QUE VEDA A “REFORMATIO IN PEJUS” (CPP, ART. 617, “in fine”), POIS O TRIBUNAL DE INFERIOR JURISDIÇÃO ORDENOU QUE SE PROCEDESSE, EM PRIMEIRO GRAU, À IMEDIATA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, NÃO OBSTANTE ESSE COMANDO HOUVESSE SIDO DETERMINADO EM RECURSO EXCLUSIVO DOS RÉUS CONDENADOS, A QUEM SE ASSEGURARA, NO ENTANTO, EM MOMENTO ANTERIOR, SEM IMPUGNAÇÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE A CONCLUSÃO DO PROCESSO. EXISTÊNCIA, NO SENTIDO DA PRESENTE DECISÃO, DE DIVERSOS OUTROS ATOS DECISÓRIOS PROFERIDOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

(PG/STF-45783/2017)

DECISÃO: O Supremo Tribunal Federal **consagrou** diretriz que – **resultante de julgamentos efetuados**, em sede cautelar, **no âmbito de processos objetivos** de fiscalização concentrada de constitucionalidade (**ADC 43-MC/DE**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **ADC 44-MC/DE**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO) – **culminou** no reconhecimento **da existência de repercussão geral relativa** à questão jurídico-constitucional **pertinente à legitimidade** da execução **provisória** de sentença condenatória criminal (**ARE 964.246-RG/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI).

Ao participar dos julgamentos **que consagraram** os precedentes referidos, **integrei** a corrente minoritária, **por entender que a tese da execução provisória** de condenações penais **ainda recorríveis transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência, que só deixa de subsistir ante o trânsito em julgado** (que não pode ser fictício) da decisão condenatória (**CE**, art. 5º, LVII).

Acentuei, então, que eventual inefetividade da jurisdição penal **ou** do sistema punitivo **motivada** pela prodigalização de meios recursais, **culminando** por gerar no meio social a sensação de impunidade, **não pode ser atribuída à declaração constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa** prerrogativa básica **que frustra o sentimento de justiça** dos cidadãos **ou que provoca qualquer crise de funcionalidade** do aparelho judiciário.

Na realidade, a solução dessa questão há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, **confirmam maior coeficiente de racionalidade** ao modelo recursal, **mas não, como se decidiu, na inaceitável desconsideração** de um dos direitos fundamentais **a que fazem jus** os cidadãos desta República

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.

A posição que prevaleceu naqueles julgamentos reflete – segundo entendo – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País.

O fato incontestável no domínio da presunção constitucional de inocência reside na circunstância de que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Antes desse momento – é preciso advertir –, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades, como vinha acentuando, em sucessivos julgamentos, esta Corte Suprema (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 124.000/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 126.846/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 130.298/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.):

“(…) O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que,

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Acho importante destacar, com vênia à corrente majoritária que se formou nesta Corte, que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, segundo entendo, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.

São essas as razões que me levaram, em voto vencido, a sustentar a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

do réu **de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado** de sua condenação criminal, **tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII).**

Os motivos que venho de expor, por isso mesmo, **fizeram-me conceder** medida liminar **requerida** nos autos **do HC** 135.100/MG, **para suspender, cautelarmente, a execução de mandado de prisão** expedido contra o paciente, **notadamente** porque, **no momento em que por mim deferido** aquele provimento cautelar (em 1º/07/2016), **havia somente uma decisão** proferida em processo **de índole meramente subjetiva** (**HC** 126.292/SP), **vale dizer**, uma decisão **destituída** de eficácia vinculante **ou de repercussão geral**, **eis que** os julgamentos **da ADC 43-MC/DF e da ADC 44-MC/DF**, em 05/10/2016, **e do ARE 964.246/SP**, **com** repercussão geral, em 11/11/2016, **não haviam sido realizados até então.**

Cabe observar, no entanto, que a corrente minoritária **por mim integrada** – **não obstante** entenda que a execução da pena **somente** se legitima **com** o trânsito em julgado (**que há de ser real**) da condenação criminal, **como determina a própria Constituição da República** (art. 5º, inciso LVII) **e dispõe a legislação ordinária (LEP, arts. 105 e 147; CP, art. 50; CPPM, arts. 592, 594 e 604)** – **não afasta a possibilidade** de o magistrado (**ou o Tribunal**) competente **decretar a prisão cautelar** da pessoa sob **persecução penal**, **quer** durante a fase do inquérito policial, **quer** no curso de processo judicial, **quer, ainda, após** a prolação de sentença condenatória **recorrível**, **desde que atendidos, de um lado, os pressupostos e indicados, de outro, os fundamentos concretos referidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal.**

Vê-se, portanto, que a impossibilidade constitucional de execução provisória da pena não impede que o Judiciário, **com apoio em seu poder geral de cautela**, **venha a decretar, contra o investigado ou o réu, a prisão cautelar, qualquer que seja a sua modalidade (prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por sentença condenatória recorrível), sem se falar na ocorrência de eventual**

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

prisão em flagrante, que independe de ordem judicial (CF art. 5º, inciso LXI; CPP, art. 301), a significar, desse modo, que o ordenamento positivo, ao instituir em favor do Estado instrumentos de tutela cautelar penal, torna admissível a utilização, pelo Poder Público e por seus agentes, de importantes meios de defesa social, cuja eficácia terá o condão de neutralizar condutas delinqüenciais lesivas ao interesse da coletividade, que não ficará exposta, assim, a práticas criminosas que se registrem em seu âmbito.

Em uma palavra: o sistema jurídico brasileiro, ao disciplinar o instituto da tutela cautelar penal, outorga ao Estado poderosos instrumentos que legitimam a adoção de medidas privativas de liberdade, como as diversas espécies de prisão cautelar, cuja efetivação independe do trânsito em julgado de eventual condenação criminal, considerada a circunstância – juridicamente relevante – de que o magistrado dispõe, para tanto, do poder geral de cautela.

É que a prisão cautelar (“carcer ad custodiam”) não se confunde com a prisão penal (“carcer ad poenam”), que exige, esta sim, considerado o disposto na declaração constitucional de direitos inscrita em nossa Carta Política (art. 5º, inciso LVII), o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assentadas tais premissas, passo a examinar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual. E, ao fazê-lo, saliento que eminentes Ministros desta Corte, em diversos processos (HC 135.951-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 137.494-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 140.217-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 142.162-MC/BA, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 144.712-MC/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 144.908-MC/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 145.380-MC/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 145.560/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 145.856-MC/SP, Rel. Min. RICARDO

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

LEWANDOWSKI – HC 145.953-MC/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 146.006-MC/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *v.g.*), **têm concedido** *provimentos cautelares* (ou, até mesmo, **deferido o próprio “writ” constitucional**) em situações **como aquelas**, por exemplo, em que Tribunais de inferior jurisdição, *ao ordenarem a expedição de mandados de prisão, para efeito de “execução provisória”,* (a) **limitam-se** a simplesmente mencionar, sem qualquer fundamentação idônea, os precedentes a que **aludi** logo no início desta decisão, **ou** (b) **fazem-no** sem que ainda tenha sido esgotada a jurisdição ordinária, pois **pendentes** de julgamento embargos de declaração **ou** embargos infringentes e de nulidade do julgado (CPP, art. 609, parágrafo único), **ou**, ainda, (c) **determinam a imediata e antecipada efetivação executória** de seu julgado **com transgressão** ao postulado **que veda** a “*reformatio in pejus*”, **eis que** a ordem de prisão é dada em recursos interpostos **unicamente** pelo réu condenado **a quem se garantira**, anteriormente, **sem** qualquer impugnação do Ministério Público, **o direito** de aguardar em liberdade a conclusão do processo.

O caso ora em análise parece ajustar-se às hipóteses sob (a) e (c), **cabendo destacar**, quanto a esse último aspecto, que a colenda Segunda Turma deste Tribunal, em 08/08/2017, **iniciou o julgamento**, suspenso por pedido de vista, **de uma ação** de “*habeas corpus*” (HC 136.720/PB), *no qual já se formou maioria pela concessão da ordem*, em que o eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, **propôs o deferimento** do “*writ*” **precisamente** em virtude de violação ao princípio **que proíbe** a “*reformatio in pejus*”, **em situação na qual** o Tribunal apontado como coator **ordenou a imediata execução antecipada da pena, fazendo-o**, contudo, em recurso **exclusivo** do réu, **a quem se assegurara**, sem qualquer oposição recursal do Ministério Público, **o direito** de aguardar em liberdade **o desfecho** do processo, **transgredindo-se**, desse modo, postulado fundamental **que conforma e condiciona** a atuação do Poder Judiciário (HC 142.012-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 142.017-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

De outro lado, e como já salientado, o E. TRF/4ª Região, ao **determinar** que o magistrado federal de primeira instância **adotasse** as medidas necessárias **ao início** da execução provisória da condenação penal, **limitou-se**, “*sic et simpliciter*”, **a mencionar** o conteúdo da Súmula 122 daquela colenda Corte regional (“*Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário*”), **abstendo-se**, no entanto, **de fundamentar**, *de modo adequado e idôneo*, a ordem de prisão, *assim transgredindo o que prescreve (e impõe) o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, que estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”* (grifei).

É importante advertir, neste ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **em orientação** que se reflete na doutrina (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “**Processo Penal**”, vol. 4/183, 11ª ed., 1989, Saraiva, v.g.), **posiciona-se** no sentido de reconhecer **que a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais** (HC 80.892/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“– É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões estatais, **mais** do que expressiva imposição **consagrada e positivada** pela ordem constitucional, **reflete uma poderosa garantia** contra **eventuais excessos do Estado**, **pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial** dos atos que veiculam a privação da liberdade individual, **quis** o ordenamento jurídico **erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos** às autoridades públicas.

– Não se pode jamais esquecer que a exigência de motivação dos atos judiciais **constitutivos da liberdade individual deriva** de postulado constitucional **inafastável**, **que traduz expressivo elemento de restrição** ao exercício do próprio poder estatal, **além de configurar** instrumento essencial **de respeito e proteção** às liberdades públicas.

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

– A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário, de tal modo que a inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal, precisamente por afetar a legitimidade jurídica dessas deliberações estatais, gera, de maneira irremissível, a sua própria nulidade (...).”

(HC 95.034/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida cautelar, para, até final julgamento deste recurso ordinário em “*habeas corpus*”, suspender, cautelarmente, o início da execução da pena determinada nos autos do Processo nº 0011760-56.2008.4.04.7100/RS, do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, restando impossibilitada, em consequência, a efetivação da prisão de Wolf Gruenberg em decorrência da condenação criminal (ainda não transitada em julgado) que lhe foi imposta no Processo-crime nº 2008.71.00.011760-5 (7ª Vara Federal de Porto Alegre/RS).

Estendo, ainda, os efeitos desta decisão a Betty Guendler Gruenberg, que figura como litisconsorte penal passiva no mesmo procedimento penal instaurado contra o ora requerente (Wolf Gruenberg), conforme pleito formulado por meio da Petição PG/STF nº 45818/2017.

Caso referidos requerentes já tenham sido presos em razão da ordem de execução provisória da pena imposta nos autos do Processo-crime nº 2008.71.00.011760-5 (7ª Vara Federal de Porto Alegre/RS), deverão ser eles postos imediatamente em liberdade, se por al não estiverem presos.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 243.347/RS), ao E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Processo nº 0011760-

RHC 129663 AGR-ED-MC / RS

-56.2008.4.04.7100/RS) e ao Juízo da 7ª Vara Federal de Porto Alegre/RS (**Processo-crime** nº 2008.71.00.011760-5).

2. **Ouça-se** a douta Procuradoria-Geral da República **sobre os embargos de declaração** opostos por Wolf Gruenberg e Betty Guendler Gruenberg.

Publique-se.

Brasília, 25 de agosto de 2017.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator