

Decisão:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (HC 364.025/PB), que indeferiu o pedido liminar.

Narram os impetrantes que: a) houve condenação confirmada em segunda instância, o que acarretou o início do cumprimento de pena. Contudo, o acórdão condenatório foi combatido com recursos excepcionais que não foram esgotados em âmbito extraordinário; b) a execução provisória da pena é incompatível com a presunção de inocência, de modo que cabe aguardar a solução dos recursos excepcionais interpostos pela defesa; c) a execução provisória da pena também contraria a legislação ordinária, conforme previsão expressa do art. 283 do CPP, ignorado pelos órgãos antecedentes; d) o Tribunal Regional consignou expressamente no acórdão condenatório que a pena seria cumprida após o trânsito em julgado, providência que, forte na vedação de *reformatio in pejus*, não poderia ter sido alterada sem recurso da acusação.

É o relatório. **Decido.**

A liminar foi deferida pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício das elevadas atribuições conferidas regimentalmente ao Presidente da Corte durante o recesso judiciário; vindo o feito ao gabinete, compete ao Relator analisar o mérito da impetração, o que o faço na esteira do que assentado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 126.292/SP (julgado em 17.02.2016).

1. Cabimento do *habeas corpus*:

Inicialmente, destaco que esta Corte tem posição firme pela impossibilidade de admissão de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida por membro de Tribunal Superior, visto que, a teor do artigo 102, I, i, da Constituição da República, sob o prisma da autoridade coatora, a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente se perfectibiliza na hipótese em que Tribunal Superior, por meio de órgão colegiado, atue em tal condição. Nessa linha, cito o seguinte precedente:

“É certo que a previsão constitucional do habeas corpus no artigo 5º, LXVIII, tem como escopo a proteção da liberdade. Contudo, não se há de vislumbrar antinomia na Constituição Federal, que **restringiu a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por Tribunal Superior. Entender de outro modo, para alcançar os atos praticados por membros de Tribunais Superiores, seria atribuir à Corte competência que não lhe foi outorgada pela Constituição.** Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, “i”, da Constituição como regra de competência, estabelecendo antinomia entre normas constitucionais.

Ademais, com respaldo no disposto no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pode o relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, **há de ser observado que a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea “i”), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado. Assim, impunha-se a interposição de agravo regimental”** (HC 114557 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, *grifei*).

Nessa perspectiva, tem-se reconhecido o descabimento de *habeas corpus* dirigido ao combate de decisão **monocrática de indeferimento de liminar** proferida no âmbito do STJ. Tal entendimento pode ser extraído a partir da leitura da Súmula 691/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.”

2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício:

Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício.

Calha enfatizar que tal providência tem sido tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, 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” (HC 95009, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, grifei).*

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações. Nesse sentido, não pode ser atribuída a pecha de flagrante à ilegalidade cujo reconhecimento demande dispendioso cotejamento dos autos ou, pior, que desafie a complementação do caderno processual por meio da coleta de elementos externos.

Como reforço, cumpre assinalar que o Código de Processo Penal, ao permitir que as autoridades judiciárias concedam a ordem de ofício em *habeas corpus*, apenas o fez quanto aos processos que já lhes são submetidos à apreciação:

“Art. 654. (...)

(...)

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, **quando no curso de processo** verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

De tal modo, ao meu sentir, não se admite que o processo tenha como nascedouro, pura e simplesmente, a alegada pretensão de atuação *ex officio* de Juiz ou Tribunal, mormente quando tal proceder se encontra em desconformidade com as regras de competência delineadas na Constituição da República. Em outras palavras: somente se cogita da expedição da ordem de ofício nas hipóteses em que não se desborda da competência do órgão, de modo que essa não pode ser a finalidade precípua da impetração.

3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

No caso dos autos, a apontada ilegalidade **não** pode ser aferida de pronto.

3.1. De início, cumpre assinalar que a decisão proferida pelo Tribunal Pleno no HC 126.292/SP (julgado em 17.02.2016), em que se reconheceu a possibilidade de execução provisória de provimento condenatório sujeito a recursos excepcionais, parte da premissa de que, nas palavras do eminente Ministro Teori Zavascki, é *“no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.”*

A esse respeito, na mesma oportunidade, consignei:

“Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar injustiças do caso concreto. O caso concreto tem, para sua esmerada solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças.

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.”

Em razão disso, fixou-se a tese no sentido de que: “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.”

A despeito da posição externada pela Presidência, ao acolher a tutela de urgência no legítimo exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é certo que, desde o julgamento do HC 126.292/SP, não se verificou pronunciamento de órgão colegiado que contrarie a compreensão explicitada, naquela oportunidade, pelo Tribunal Pleno.

A decisão proferida no HC 126.292/SP realmente não ostenta caráter *erga omnes* ou vinculante, nada obstante impende que a Corte confira estabilidade a sua própria jurisprudência, ressalvados por evidente doutos entendimentos divergentes na fixação de teses majoritárias. Entendo que a decisão tomada pelo Plenário não teve, a rigor, como base apenas peculiaridades do referido caso concreto, tanto que culminou na edição de tese que, dentre outras funções, exerce a tarefa de indicar, em sentido geral, a compreensão da Corte Suprema sobre dada matéria.

Com relação à suposta ausência de motivação da prisão (art. 5º, LXI e art. 93, IX, CF), a necessidade de fundamentação da ordem escrita de autoridade judiciária deve ser compreendida à luz do momento processual em que operada. Vale dizer, o implemento da execução provisória da pena, nos termos do decidido pelo Plenário, atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias, de modo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada. Trata-se, em verdade, tão somente de cumprimento do título condenatório, este sim caracterizado pela necessidade de robusta motivação.

3.2. Em relação à alegação de negativa de vigência ao art. 283, CPP, reporto-me ao que decidi no HC 133387/DF, julgado em 14.06.2016:

“Quando do julgamento do HC 126.292/SP ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 segundo o qual “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, **permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.**

A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais no efeito meramente devolutivo.

Como se sabe, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata. Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que não são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

Nem mesmo a regra do art. 283, CPP, com sua atual redação, conduz a resultado diverso.

Referido artigo dispõe que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”*

Essa redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011, a qual alterou dispositivos *“relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares.”*

Ao contrário do que se tem propalado, com a devida vênia de quem concebe diversamente, não depreendo da regra acima transcrita, a vedação a toda e qualquer prisão, exceto aquelas ali expressamente previstas. Tem-se sustentado que, à exceção da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão restaram revogadas pela norma do referido art. 283 do CPP, tendo em vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Inicialmente, consigno que não depreendo entre a regra do art. 283 do CPP e a regra que dispõe ser apenas devolutivo o efeito dos recursos excepcionais (art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC) antinomia que desafie solução pelo critério temporal.

Se assim o fosse, a conclusão seria, singelamente, pela prevalência da regra que dispõe ser mesmo meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP.

Entendo aplicável ao caso, ao contrário, o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942), segundo o qual regra posterior que dispõe sobre questão especial não revoga as disposições especiais já existentes. Em outras palavras, não há verdadeira antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de Apelação.

Primeiro, porque não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

É intuitivo que as demais prisões reguladas por outros ramos do direito, como é o caso da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, permanecem com suas regulamentações intactas, a despeito da posterior entrada em vigor do disposto no art. 283 do CPP.

Vale dizer, fosse correta a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo, estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas.

Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratado exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do art. 283 do CPP e aquela que atribui efeito meramente devolutivo aos recursos excepcionais.

Como dito, houvesse incompatibilidade a ser sanada pelo critério temporal (regra posterior revoga regra anterior com ela incompatível), prevaleceria a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, dada a vigência posterior dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC.

Da forma como concebo referidas normas, no que diz respeito à condenação, o disposto no art. 283 do CPP impõe, **como regra**, o trânsito em julgado do título judicial. Vale dizer, sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos embargos infringentes) de Tribunais locais, **como regra**, não podem

produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos.

Nessa linha, recentemente, neguei seguimento monocraticamente à Reclamação 23.535, por meio da qual o Ministério Público pretendia efeito imediato a condenação não unânime proferida por Tribunal local, dentre outras razões, porque em tais casos ainda é cabível o recurso de embargos infringentes, dotado de efeito suspensivo.

A disposição geral que exige o trânsito em julgado da condenação para produção de efeitos não é incompatível com a **especial regra** que confere efeito imediato aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais, os quais não são ordinariamente dotados de efeito suspensivo.

A excepcionalidade do efeito suspensivo a ser conferido aos recursos extraordinário e especial, como assentado por esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, não é incompatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Ao contrário, prevaleceu o entendimento segundo o qual às Cortes Superiores foi conferida competência recursal pela Constituição da República visando a tutelar o direito objetivo e não eventuais injustiças cometidas num caso concreto. Sendo assim, a atribuição de efeitos ordinariamente devolutivos a esses recursos, que são excepcionais até pela denominação que lhes emprega a Constituição (especial e extraordinário), está em absoluta conformidade com o sistema constitucional visto como um todo.

Nesse aspecto, repiso o que assentei naquela oportunidade, quando considerei que o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas

constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais.

Nem mesmo o excessivo apego à literalidade da regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, a qual, nessa concepção, imporá sempre o *trânsito em julgado*, seria capaz de conduzir a solução diversa.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

Salta aos olhos, portanto, que não se pode dar caráter absoluto à dicção do art. 5º, LVII, da Constituição da República ao mencionar *trânsito em julgado*.

Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, com a

subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Não desconsidero, embora em homenagem à grande maioria da magistratura brasileira deva ressaltar que isto é excepcional, a existência de teratológicas decisões jurisdicionais, mesmo em segundo grau de jurisdição. Isso, todavia, não serve de argumento a conferir efeito paralisante à eficácia de absolutamente todas as condenações criminais assentadas em segundo grau.

Para sanar essas situações, como se sabe, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte.

Além disso, como bem assentado pelo eminente Ministro Luiz Fux quando do julgamento do HC 126.292/SP, a conformação do conceito de trânsito em julgado é matéria que atine à legislação infraconstitucional. Não há, em princípio, um conceito constitucional de **coisa julgada** e de **trânsito em julgado**.

Percebe-se que a lei contempla modalidades distintas de coisas julgadas. Basta ver que uma condenação criminal jamais faz coisa julgada material, pois a qualquer tempo, ainda que falecido o condenado, está sujeita à revogação por via da revisão criminal.

Nessa linha, nada impede que, pela via da atribuição de efeito meramente devolutivo a recursos excepcionais, a lei ordinária promova a extensão de efeitos que usualmente só permite que tenham decisões trânsitas em julgado.

Como dito, o art. 283 do CPP, **em regra**, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

A afirmação da vigência do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP.”

3.3. Aponta ainda o impetrante que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional teria assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado de eventual condenação, pronunciamento contra o qual a acusação não se insurgiu. Nesse cenário, a promoção de execução provisória da pena configuraria indevida reforma prejudicial.

Em relação à vedação da *reformatio in pejus*, corolária do contraditório e da ampla defesa, anoto que o instituto deriva do artigo 617 do Código de Processo Penal, que prescreve que, no âmbito dos órgãos recursais, não poderá “*ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*”

Esse postulado, ao qual os Tribunais têm atribuído interpretação ampliativa, inclusive com alcance de prejuízos qualitativos, materializa a personalidade dos recursos. A esse respeito, enuncia a doutrina:

“O princípio da personalidade dos recursos significa que: a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando a parte que não recorre; e, como via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da outra parte.” (GRINOVER. Ada Pellegrini e outros. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 43)

Tal compreensão tem assento na perspectiva de que o recurso constitui **desdobramento do direito de ação**. Nesse enfoque, impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despido de imputação, de modo que se nota íntima relação entre a vedação da *reformatio in pejus* e o sistema acusatório.

Ocorre que esse modo de pensar não pode ser transportado, de forma irreflexiva, para a execução penal, atmosfera processual em que

não há acusação propriamente dita e que é regida, quanto à instauração e processamento, por critérios de **oficialidade**. Assim, a ilegalidade apontada não merece acolhimento.

Ademais, a exigência de trânsito em julgado constitui reprodução da dicção legal no comando do acórdão. Essa dicção legal, como acima mencionado, não impede o início da execução quando o recurso contra a decisão proferida não é dotado de efeito suspensivo. O comando do acórdão, portanto, deve ser compreendido na linha da correta interpretação da lei que o embasa. Do contrário, estar-se-ia admitindo que a Turma julgadora do Tribunal local pode atribuir o excepcional efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, competência que, pela jurisprudência pacífica desta Suprema Corte, é do relator sorteado na Corte Superior ou do Presidente do Tribunal local, como exposto nas súmulas 634 e 635 deste STF.

4. Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF, ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, não é o caso da excepcional superação da Súmula 691/STF.

Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, **nego seguimento ao *habeas corpus*, com prejuízo da liminar anteriormente deferida e da extensão conferida a corrêu.**

Comunicações necessárias, com urgência e pelo meio mais expedito, com utilização de *fax*, se necessário.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 02 de agosto de 2016.

Ministro **Edson Fachin**

Relator

Documento assinado digitalmente