

## RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 176.034 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
RECTE.(S) [REDACTED]  
ADV.(A/S) : GABRIEL HUBERMAN TYLES E OUTRO(A/S)  
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido de liminar interposto contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no HC 515.039/SPJ, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, assim ementado:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. PEDIDO JULGADO POR ESTA CORTE EM OUTRO PROCESSO. REITERAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. APELAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *In casu*, a presente impetração constitui mera reiteração do pedido formulado no HC 400.690/SP, isso porque há identidade de partes e da causa de pedir, impugnando os dois feitos o mesmo acórdão (Apelação nº 3006167-97.2013.8.26.0269), o que constitui óbice ao seu conhecimento.

2. A questão de fundo está baseada na (im)possibilidade execução provisória da pena, porém pleiteada em momentos diferentes, naquele primeiro *habeas corpus* antes do esgotamento das instâncias ordinárias e, neste *writ*, após o esgotamento. Naquela ocasião, no julgamento do HC 400.690/SP, foi concedida parcialmente a ordem para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária. A *contrario sensu*, após o esgotamento das instâncias ordinárias é cabível a execução provisória da pena, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

3. O fato de o recorrente ter sido absolvido em primeira

instância e condenado apenas em sede de apelação não distingue o presente caso dos precedentes do Supremo Tribunal Federal com o intuito de afastar a execução provisória da pena. 'Isso porque o acórdão condenatório tem efeito substitutivo, superando os fundamentos da sentença absolutória proferida em primeiro grau e constituindo título executivo penal suficiente para o início do cumprimento da pena. Ademais, o entendimento desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal decorrem do fato de ocorrer o exaurimento das instâncias ordinárias e não em razão do grau de jurisdição em que o acusado foi condenado' (HC 368.161/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017).

4. Agravo regimental não provido" (pág. 39 do volume 6).

É contra essa decisão que se insurge o recorrente.

Depois de sustentar a impossibilidade de execução antecipada da pena, enfatiza que "o fato dele ter sido absolvido em primeiro grau e, ao depois, em recurso exclusivo do assistente de acusação, ter sido condenado em segundo grau, por maioria de votos, seriam razões mais que suficientes para recomendar extrema prudência na expedição de mandado de prisão em seu desfavor" (pág. 55 do volume 6).

Argumenta, em reforço, que, "além do fato objetivo decorrente da decisão condenatória proferida em segunda instância, é preciso um fator subjetivo relevante, inerente ao agente, que justifique a segregação cautelar antecipada (assim preenchendo, pois, o requisito do *periculum libertatis*)" (pág. 56 do volume 6).

Ressalta, ademais, que "a condenação foi proferida em recurso intentado pelo assistente de acusação, haja vista que o *Parquet* concordou e conformou-se com a absolvição proferida pelo MM. Juízo de piso" (pág. 66 do volume 6).

## RHC 176034 / SP

Requer, ao final, o provimento do recurso, “para o fim de se determinar a expedição de alvará de soltura [...], com a consequente revogação da decisão que, sem qualquer fundamento, determinou fosse ele obrigado a iniciar, de forma antecipada e provisória, a execução da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta” (pág. 69 do volume 6).

É o relatório necessário. Decido.

A questão trazida neste *writ* diz respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, haja vista a tese fixada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP e reafirmada no ARE 964.246/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional envolvida, ambos de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki.

Muito bem. A jurisprudência deste Supremo Tribunal se consolidou no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Esse, aliás, é o entendimento ao qual sempre me filiei. No julgamento do aludido HC 126.292/SP, em que o Plenário sinalizou possível mudança de paradigma, assentei, de modo enfático, o seguinte:

“Eu vou pedir vênias ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco

## RHC 176034 / SP

Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo”.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas.

Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.

Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela.

Ora, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição (art. 102).

## RHC 176034 / SP

Nesse sentido, com a devida vênia à corrente majoritária que se formou no julgamento do HC 126.292/SP, naquela assentada, o Plenário da Suprema Corte extraiu do art. 5º, LVII, da Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, conseqüentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Carta.

Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação *in malam partem*.

Em consonância com o dispositivo constitucional supramencionado, o art. 283 do Código de Processo Penal e o art. 594 do Código de Processo Penal Militar dispõem, respectivamente, que:

“Art. 283. 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”.

“Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena”.

## RHC 176034 / SP

Ao comentar o dispositivo da lei processual penal, Eugênio Pacelli (*in* Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, p. 590) consigna que “a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena”. O referido autor continua a desenvolver o tema, afirmando que,

“[antes] dela (da Lei n° 12.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.

No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.

Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória”.

No mesmo sentido é a posição de Guilherme de Souza Nucci (*in* Código de processo penal comentado. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 730), para quem “a solidificação da pena, após a sentença condenatória, perpetua-se em face do trânsito em julgado”. Segundo o mencionado doutrinador, “essa situação processual sempre obteve, doutrinária e jurisprudencialmente, uma única definição: forma-se a coisa julgada material (trânsito em julgado), quando se esgotam todos os recursos possíveis contra determinada decisão”. Semelhante raciocínio pode ser transportado para os processos em trâmite na Justiça Militar.

Ademais, deve ser mencionado que a Lei de Execução Penal também

## RHC 176034 / SP

exige, para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa é a inteligência do art. 105 combinado com o art. 107, *in verbis*:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

[...]

Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”.

Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com espeque no art. 5º, LVII, da Constituição, todos são plenamente aplicáveis.

Outrossim, consigno que, em nosso sistema jurídico, desde 1988, o trânsito em julgado da decisão condenatória sempre se deu com o esgotamento de todos os recursos e instâncias ordinárias e extraordinárias.

Alterar essa realidade jurídica exigiria novo disciplinamento constitucional e legal, que só poderia se dar via Congresso Nacional, e não pelo Poder Judiciário, uma vez que a posição do constituinte originário, ainda que não agrade àqueles que perfilham da posição até então majoritária nesta Suprema Corte, exige que seja trilhado o caminho previsto na Constituição Federal, como se espera de um Estado que, além de democrático, também é de Direito.

Ademais, foi opção do constituinte de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de

## RHC 176034 / SP

um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Feito esses registros, transcrevo o teor do acórdão ora atacado:

“Ora, o fato de o recorrente ter sido absolvido em primeira instância e condenado apenas em sede de apelação não distingue o presente caso dos precedentes do Supremo Tribunal Federal com o intuito de afastar a execução provisória da pena.

‘Isso porque o acórdão condenatório tem efeito substitutivo, superando os fundamentos da sentença absolutória proferida em primeiro grau e constituindo título executivo penal suficiente para o início do cumprimento da pena. Ademais, o entendimento desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal decorrem do fato de ocorrer o exaurimento das instâncias ordinárias e não em razão do grau de jurisdição em que o acusado foi condenado’ (HC 368.161/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017).

Dessa forma, o agravante não trouxe argumentos aptos a infirmar a decisão agravada, razão pela merece subsistir por seus próprios fundamentos” (pág. 44 do volume 6).

Essa decisão, com efeito, manteve o encarceramento determinado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, que simplesmente determinou a expedição de mandado de prisão, sem qualquer fundamentação, em clara afronta ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Eis o que constou do dispositivo que orientou aquele julgamento:

“O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento de *Habeas Corpus* 126.292-SP, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016, decidiu afastar a exigibilidade de trânsito em julgado para o recolhimento do condenado à prisão, afirmando peremptoriamente a possibilidade do cumprimento da sentença

condenatória após o julgamento da apelação.

Esse entendimento, e sua perfeita convivência com a presunção de inocência, foi reafirmado no último dia 5 de outubro de 2016, quando o E. Plenário de nossa Suprema Corte deliberou negar concessão de liminar nas ADCs 43 e 44.

Determino, portanto, a imediata expedição de mandado de prisão em desfavor do apelado, para início do cumprimento da pena aqui imposta, recomendando-se-o na prisão” (pág. 180 do volume 3).

Conforme se verifica, o TJSP esqueceu-se de que se tratava de réu absolvido em primeira instância e que permaneceu em liberdade durante todo o processo. Não se atentou, ademais, que os fatos narrados na denúncia são de 2013, e até o julgamento da apelação nenhuma justificativa de natureza cautelar foi apresentada. Determinou, por fim, a expedição de mandado de prisão, sem permitir, ao menos, que o apelado ficasse em liberdade enquanto não esgotadas as vias ordinárias, o que motivou, inclusive, a concessão de *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, numa primeira impetração formulada naquele Tribunal (HC 400.690/SP).

No acórdão ora questionado, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça limitou-se a fazer remissão a julgado deste Supremo Tribunal como argumento para cancelar o início da execução da pena imposta ao recorrente, o que, a meu sentir, também não se afigura motivação hábil, sobretudo se contrastadas com o art. 5º, LXI, do texto constitucional, que assegura a todos o direito de não ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

E ainda que fosse o caso de se argumentar sobre o efeito vinculante resultante do julgamento do ARE 964.246/SP pelo Plenário desta Corte, em se tratando de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial

## RHC 176034 / SP

correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5º, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a situação particular do condenado.

Essa é a orientação pacífica deste Supremo Tribunal, segundo a qual:

“A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) -, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar” (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo século XVIII, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que *le roi le veut*, ou seja, “o rei o quer”. No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que não se pode hoje atender a uma determinação judicial ou, pior, mandar alguém para a prisão simplesmente porque *le juge le veut*, quer dizer, porque “o juiz o quer”.

Daí a previsão - ainda que tardiamente acolhida entre nós - dos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição de 1988, os quais exigem expressamente a motivação das ordens judiciais, que não podem emanar da simples vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

Registro, ainda, na oportunidade, que o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a possibilidade de execução antecipada da pena

## RHC 176034 / SP

após a confirmação da condenação em segunda instância vem, em boa hora, sofrendo temperamentos, à luz do texto constitucional, seja sob a ótica do princípio da razoabilidade, em decisões prolatadas pelos mais distintos tribunais do País.

Em recente decisão no HC 366.907/PR, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a “pendência ou possibilidade de oposição de Embargos de Declaração impedem a execução antecipada da pena, já que não exaurida a atuação das instâncias ordinárias”, *verbis*:

“*HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I, II e V, DO CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DEFERIDO EM SENTENÇA O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO ESGOTADA A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.243, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

2. Na hipótese em que foi permitido à ré recorrer em liberdade, soa desarrazoado que a expedição de mandado de prisão ocorra de forma automática, tão logo seja prolatado ou confirmado o acórdão condenatório, ainda passível de integração pelo Tribunal de Justiça.

3. Ordem concedida para, confirmada a liminar, assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o esgotamento da jurisdição ordinária” (HC 366.907/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

No mesmo sentido, já se anotavam decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, das quais destaco o HC 2017.03.00.002292-3/SP, no qual o Desembargador Federal Maurício Kato consignou que “o

## RHC 176034 / SP

princípio da presunção da inocência, ainda que não absoluto, obsta a execução provisória da sentença condenatória nos casos em que se mostre possível assegurar ao acusado o direito à liberdade provisória”.

Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica.

Observe-se, além disso, que a decisão proferida no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, não respeitou, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que deu azo ao início do cumprimento de pena tanto do indivíduo absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau de jurisdição, bem como daquele que apenas foi condenado em segunda instância, por ter foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal.

Essa última hipótese, inclusive, tive a oportunidade de analisar, no exercício da Presidência (art. 13, VIII, do RISTF), quando deferi a liminar no HC 135.752 MC/PB, de relatoria do Ministro Edson Fachin, para suspender a execução provisória do paciente, utilizando, dentre outros, os seguintes fundamentos:

“[...]

Não bastasse isso, observo que, na hipótese sob exame, nem ao menos se assegurou ao paciente o duplo grau de jurisdição, implícito no art. 5º, LV, da CF, como se observa da leitura de trecho significativo do acórdão combatido:

‘7. É verdade que, na hipótese presente, como um dos réus tem foro especial por prerrogativa de função, a

Ação Penal é de competência originária do TRF, inexistindo sentença de Juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Colegiado. No entanto, tal situação não afasta a aplicação do entendimento do STF, uma vez que está encerrada a análise fático-probatória da Ação Penal nº 37/PB, com condenação por Órgão Colegiado. Precedentes do STJ'.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o duplo grau de jurisdição integra a cláusula do *due processo of law*, a qual compreende não apenas um conjunto de regras de caráter formal e substantivo destinado a assegurar a regularidade do processo judicial, mas também uma garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades.

Para que isso se concretize, na prática, é preciso que o sistema legal seja dotado de mecanismos que evitem, o mais possível, a ocorrência de erros judiciários, sob pena de transformar-se em letra morta o princípio do devido processo legal.

O direito ao reexame das decisões judiciais configura uma garantia constitucional, de caráter instrumental, pois, ademais de estar compreendida no postulado do devido princípio legal, configura axioma conatural ao atingimento dos fins últimos do próprio Estado de Direito, que se assenta, antes de mais nada, no princípio da legalidade, que não convive com qualquer tipo de arbítrio, especialmente de cunho judicial.

Os recursos, com efeito, têm uma finalidade eminentemente política, visto que constituem instrumento de proteção das liberdades individuais contra o despotismo dos agentes públicos, em geral, e a própria falibilidade dos magistrados, em particular

Desse modo, não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram o Código de Processo Penal - instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal - derogue a competência constitucional

estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal, nela abrigado, em distintas ocasiões acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas - que fique claro - ao Pacto de San José da Costa Rica, dentre outras convenções internacionais de proteção aos direitos humanos”.

Registro, no entanto, que o Eminentíssimo Relator do feito Ministro Edson Fachin, posteriormente negou seguimento à impetração, aplicando ao caso o entendimento consolidado na Súmula 691. Em seguida, no julgamento do agravo regimental interposto, a Primeira Turma desta Suprema Corte negou provimento ao recurso.

Não custa recordar, nesta oportunidade, que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, considerada pelos especialistas verdadeiro *jus cogens* em matéria de direito internacional.

No que pertine ao art. 637 do CPP, o qual dispõe ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, permito-me rememorar que, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, trouxe à colação o ensinamento de três eminentes professores, titulares de legislação processual, da Universidade de São Paulo, os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Scarance Fernandes, de cujas lições selecionei um pequeno trecho:

“Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em

## RHC 176034 / SP

favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)”.

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque a achega doutrinária deles sobrevive incólume - dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o art. 637 do CPP, serem revistas à luz da Lei Maior.

Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétreia.

A propósito, em recentes decisões, o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido de medida cautelar nos HC 147.452-MC/MG; HC 147.469-MC/SP; e RHC 129.663-ED-AgR/RS para suspender a execução provisória da pena, por entender que,

“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 [...] 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.)”.

Ademais, menciono que, mesmo após o julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a

## RHC 176034 / SP

execução provisória da pena, como pode ser visto nos HCs 144.712-MC/SP; 145.380-MS/SP; e 146.006-MC/PE.

Registro, ainda, que, no julgamento do HC 142.173/SP, pela Segunda Turma, o Ministro Gilmar Mendes, Relator do feito, adiantou uma possível mudança do seu posicionamento, daquele externado no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, ocasião na qual compôs a maioria, consignando em seu voto que:

“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.

Manifesto, desde já, 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.

Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.

Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.

Evidenciado o constrangimento ilegal, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, esta Corte deverá invalidar a ordem de prisão expedida”.

## RHC 176034 / SP

Em momento posterior, o Ministro Gilmar Mendes, confirmando a evolução previamente anunciada, deferiu a liminar no HC 146.815-MC/MG, suspendendo a execução provisória da pena.

Anoto, por fim, que, segundo nos ensina Carlos Mário da Silva Velloso,

“[no] que toca a à interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal dela tem feito uso, enfatiza o ministro Gilmar Mendes. Ela está, entretanto, sujeita a limites: (i) é admissível a interpretação conforme se não configurar violência contra a expressão literal do texto; (ii) se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador” (Velloso, Carlos Mário da Silva. *Hermenêutica constitucional e o Supremo Tribunal Federal*. In: Direito, economia e política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. 1. ed. São Paulo: IASP, 2015, p. 540-241).

Nesse contexto, ressalto que urge ao Plenário desta Suprema Corte o julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ambas da relatoria do Ministro Marco Aurélio, nas quais se discute a constitucionalidade do anteriormente referido art. 283 do Código de Processo Penal.

Na assentada de 5/10/2016, o STF indeferiu, por maioria, as liminares requeridas naquelas ações declaratórias, ressaltando a constitucionalidade do art. 283, todavia, admitindo ser “[...] coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

Mas, anoto que dar interpretação conforme ao art. 283 do CPP, que é cristalino ao dispor que ninguém poderá ser preso senão em flagrante

## RHC 176034 / SP

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, é incorrer, uma vez mais, no *error in iudicando* verificado nos julgamentos do HC 126.286/SP e do ARE 964.246-RG/SP.

O art. 5º, LVII, com redação dada pelo constituinte originário, repito, não admite qualquer outra interpretação que não seja a literal, decorrente de sua redação incontestada de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, diante de tudo o que foi aqui exposto, vislumbro, no caso sob exame, a existência de manifesto constrangimento ilegal que autoriza a concessão da ordem, de ofício.

Por essas razões, constatada a excepcionalidade da situação em análise faz necessária a suspensão da possibilidade da execução antecipada da pena imposta ao paciente.

Isso posto, considerando que a conclusão a que chego neste recurso ordinário em *habeas corpus* em nada conflita com as decisões majoritárias desta Suprema Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, dou provimento ao apelo (art. 192 combinado com o art. 312 do RISTF), para que o recorrente possa aguardar, em liberdade, o julgamento final pelo Plenário das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF e art. 283 do CPP), o que ocorrer primeiro, sem prejuízo da manutenção ou fixação, pelo juízo processante, de uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.

Comunique-se com urgência.

**RHC 176034 / SP**

Se necessário, expeça-se alvará de soltura clausulado.

Publique-se.

Brasília, 26 de setembro de 2019.

**Ministro Ricardo Lewandowski**

Relator