

EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS 164.696 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REQTE.(S) : JORGE RIBEIRO RANGEL
ADV.(A/S) : ALAN MONTEIRO ESPINOSA E OUTRO(A/S)

Petição 79.214/2018 – STF

Trata-se de pedido formulado por Jorge Ribeiro Rangel para que lhe seja estendida a ordem de *habeas corpus* concedida em favor Kellenson Ayres Kellino Figueiredo de Souza nos presentes autos.

Transcrevo, por oportuno, a decisão na qual concedi, de ofício, a ordem de *habeas corpus* que se pretende estender ao requerente:

“Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de Kellenson Ayres Kellino Figueiredo de Souza, contra decisão do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto do Tribunal Superior Eleitoral, relator do HC 0601658-74 (documento eletrônico 15).

Consta dos autos que

‘[o]s pacientes foram denunciados perante a 76ª Zona eleitoral de Campos dos Goytacazes/RJ (processo criminal nº 45-02.2016.6.19.0100), onde foram condenados por sentença prolatada no dia 01.10.2017, pela prática dos crimes de associação criminosa (artigo 288 do CP) e corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), sendo a pena então fixada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão’ (pág. 2 do documento eletrônico 1).

Após o julgamento dos recursos interpostos pelos pacientes contra a condenação por crime eleitoral, o “Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro – TRE/RJ deliberou pelo início da execução provisória da pena, tão logo julgado o recurso de embargos de declaração, ainda cabível no 2º grau de jurisdição, seguindo o entendimento inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP” (pág. 2 do documento eletrônico 1).

Inconformados, os pacientes impetraram *habeas corpus* no Tribunal Superior Eleitoral. Ao examinar o *writ*, o Ministro Relator requisitou informações ao TRE/RJ, por não vislumbrar “urgência que justifique o exame do pedido de liminar antes mesmo da requisição de informações ao órgão tido por coator e da manifestação da Procuradoria-Geral” (pág. 3 do documento eletrônico 3).

No presente *writ*, a defesa sustenta que os pacientes têm o direito constitucional de iniciar o cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e informam

‘[q]ue os aclaratórios opostos em face do *v. aresto* do E. TER/RJ nos autos do RC n.º 45-02 podem ser apreciados pelo Plenário do Tribunal *a quo* a qualquer momento, uma vez que, conforme se evidencia pelo comprovante em anexo, o processo foi remetido na data de hoje (26/11/2018) para a COSES (Coordenadoria de Sessões), tendo sido, via de consequência, liberado para julgamento pela E. Relatora [...]’ (pág. 1 do documento eletrônico 10).

Requer, por fim, a concessão da ordem de *habeas corpus* para “garantir aos pacientes o direito de aguardar em liberdade o julgamento de todos os recursos (especial e extraordinário) a serem enfrentados pelos Tribunais Superiores com relevantes teses de direito” (pág. 29 do documento eletrônico 1).

É o relatório. Decido.

O impetrante se insurge contra decisão monocrática proferida por Ministro do TSE que não apreciou, até o momento, o pedido liminar (documento eletrônico 15).

Muito bem. A orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que a superação da Súmula 691 somente se justifica nos casos de flagrante teratologia, ilegalidade manifesta ou abuso de poder, situações nas quais não se enquadra a decisão impugnada.

Verifico, contudo, tratar-se de caso de concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, nos termos do que determina o art.

192, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

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 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).

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’.

Ao comentar o dispositivo da lei processual penal, Eugênio Paccelli (*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 nº 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 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 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 agora, por oportuno, o teor da decisão combatida:

‘Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Carlos Fernando dos Santos Azeredo e outro em prol dos pacientes Linda Mara da Silva, Kellenson Ayeres Kellino Figueiredo de Souza, e Thiago Virgilio Teixeira de Souza, no qual apontam, como órgão coator, o TRE/RJ, em razão do acórdão pelo qual desprovido o recurso criminal manejado nos autos da Ação Penal n. 45-02/RJ.

Apurou-se, na ação penal, crime de corrupção eleitoral em associação criminosa. Mantida a condenação, o Tribunal assentou, a quo ao final, que ‘a execução provisória da pena deve se dar de imediato com a confirmação da sentença condenatória pelo Órgão colegiado de 2ª instância, após o julgamento de eventuais embargos de declaração. Entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal’ (ID n. 520766).

É contra essa determinação que se volta o presente remédio heroico, no qual formulado pedido visando à

‘concessão de medida liminar para expedir salvo-conduto em favor dos pacientes, a fim de que possam aguardar em liberdade o julgamento desse *mandamus*’ (ID n. 520763).

É o sucinto relatório.

Decido.

Em consulta ao sistema de acompanhamento processual, é possível verificar que, publicado o acórdão impugnado no DJe de 1o.10.2018, foram opostos embargos de declaração em 3.10.2018. Atualmente, os autos encontram-se com carga para o Ministério Público Eleitoral para apresentação de contraminuta. Logo, nesse específico panorama, não se vislumbra urgência que justifique o exame do pedido de liminar antes mesmo da requisição de informações ao órgão tido por coator e da manifestação da Procuradoria-Geral.

Ante o exposto, sem prejuízo quanto à deliberação oportuna do pedido de liminar, requisite-se informações ao Tribunal a quo, as quais deverão ser prestadas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Ato contínuo, ouça-se a Procuradoria-Geral Eleitoral em idêntico prazo.

Voltem, então, conclusos os autos para decisão’ (documento eletrônico 3).

Essa decisão manteve os fundamentos do acórdão proferido pelos Juízes Eleitorais do TRE/RJ, cujo trecho da ementa transcrevo na parte que interessa:

‘[...]

20. A execução provisória da pena deve se dar de imediato com a confirmação da sentença condenatória pelo Órgão colegiado de 2ª instância, após o julgamento de eventuais embargos de declaração. Entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.

21. Execução provisória da pena privativa de liberdade necessária para que se dê efetividade a finalidade de prevenção geral que a pena encerra.

[...]’ (documento eletrônico 2).

Conforme se verifica, essas decisões contêm apenas a remissão a julgado deste Supremo Tribunal como argumento para decretar o início da execução da pena imposta ao paciente, não se afigurando, portanto, a meu sentir, revestidas de 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 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 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 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 process 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 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 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’.

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, por maioria, indeferiu 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 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 inconteste 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, nego seguimento ao *writ* (art. 21, § 1º, do RISTF), mas, considerando que a conclusão a que chego neste *habeas corpus* em nada conflita com as decisões majoritárias desta Suprema Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, concedo a ordem, de ofício (art. 192, *caput*, do RISTF), apenas para que o paciente possa aguardar, em liberdade, o julgamento final da 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.

Prejudicados todos os demais pedidos.

Comunique-se com urgência.

Se necessário, expeça-se alvará de soltura clausulado.”

No presente pedido, o requerente alega que

“[é] litisconsorte passivo com os Pacientes acima mencionados, onde foram denunciados pelo Ministério Público Eleitoral sob as iras do artigo 288 do Código Penal (associação criminosa) e artigo 299 do Código Eleitoral (corrupção eleitoral) em concurso material, nos autos do processo nº. 45-02.2016.6.19.0100, sendo condenados a pena 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, sendo 2 (dois) anos, pela prática do crime de associação criminosa e 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, por corrupção eleitoral.

O Requerente interpôs recurso contra sentença, e em sessão datada em 19/09/2018 o TRE/RJ em decisão não unanime manteve a condenação nos termos da sentença, e determinou a execução provisória da pena após decisão dos embargos de declaração opostos, conforme acórdão (peça nº 2) juntado nestes autos” (pág. 1 do documento eletrônico 17).

Requer, por fim, “nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, a extensão dos efeitos da decisão proferida nesses autos concedendo salvo conduto em favor do requerente” (pág. 4 do documento eletrônico 17).

É o relatório. Decido.

Bem examinados os autos, verifico ser o caso de estender-se a ordem de *habeas corpus* concedida ao corréu.

Isso porque o requerente esta sendo processado e julgado nos mesmos autos que o paciente da presente ação mandamental, Kellenson Ayres Kellino Figueiredo de Souza.

Observo, ainda, que os fundamentos da concessão do *writ*, quais sejam, a garantia constitucional da presunção de inocência e a necessidade de fundamentação do decreto de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não configuram motivos de caráter exclusivamente pessoal, ensejando, assim, a aplicação do art. 580 do CPP, *litteris*:

“Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.”

Isso posto, estendo a ordem de *habeas corpus* a Jorge Ribeiro Rangel, para que, no bojo do processo 45-02.2016.6.19.0100, possa aguardar, em liberdade, o julgamento final da 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.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

Comunique-se com urgência ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

Publique-se.

Brasília, 12 de abril de 2019.

Ministro **Ricardo Lewandowski**

Relator