

HABEAS CORPUS Nº 434.766 - PR (2018/0018756-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTROS
ADVOGADOS : LUÍS CARLOS SIGMARINGA SEIXAS E OUTRO(S) - DF000814
JOSÉ PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(S) -
DF000578
JOSÉ GERARDO GROSSI E OUTRO(S) - DF000586
EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E
OUTRO(S) - DF011841
WAGNER ROSSI RODRIGUES E OUTRO(S) - DF015058
GABRIEL RAMALHO LACOMBE E OUTRO(S) - DF015110
AFONSO HENRIQUE ARANTES DE PAULA E OUTRO(S) -
DF022868
CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR E OUTRO(S) - DF024725
PEDRO CORREA PERTENCE E OUTRO(S) - DF033919
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pleito liminar, impetrado em favor de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região em razão de provimento judicial dado nos autos da Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

Busca-se na presente impetração afastar-se a imediata execução provisória da pena privativa de liberdade aplicada ao ora paciente, tão logo esgote a jurisdição do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Nos autos da apelação criminal antes mencionada foi o paciente condenado à pena privativa de liberdade consistente em reclusão de 12 (doze) anos e 1 (um) mês, em julgamento realizado em 24.1.1018.

Após ouvir as eloquentes razões da defesa, assim como a manifestação do membro do Ministério Público Federal, o fundamentado do voto do Eminentíssimo Ministro Relator e os substanciosos votos proferidos pelos eminentes Ministros que me antecederam, passo ao meu voto.

Entendo que a controvérsia estabelecida diz com a possibilidade de determinar-se a execução antecipada de condenação penal, ainda suscetível de recurso, a despeito de não haver fundamento para tal procedimento.

Alegam os impetrantes que a Corte de origem não fundamentou de forma adequada e suficiente a necessidade do imediato cumprimento do julgado, limitando-se a invocar o conteúdo da Súmula n. 122 daquela própria Corte e ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292/SP e nas medidas cautelares dadas nas ADC 43 e 44, em que se busca, por meio de controle concentrado, a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Na hipótese concreta, embora não colacionado o aresto combatido (na medida em que na data da impetração do presente *writ* o ato decisório não havia sido publicado), o que inviabilizaria o conhecimento da impetração por deficiência na instrução, não se pode perder de vista que é notório que os eminentes julgadores da egrégia 8ª Turma do TRF da 4ª Região deixaram consignado no aludido acórdão que a execução da pena se daria após o esgotamento daquela instância. Em tais casos, *ex vi* do contido no inciso I do art. 374 do Código de Processo Penal, e conforme bem delineado no provimento indeferitório de liminar pelo eminente Ministro Humberto Martins, no exercício da Presidência deste Superior Tribunal de Justiça, mostra-se viável a análise do requisito *periculum in mora*.

De qualquer sorte, nas posteriores informações prestadas pelo eminente Relator originário – Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto (às fls. 1891 - 1899), há o esclarecimento de que “a execução provisória da pena foi determinada somente após o esgotamento da instância de segundo grau, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, mesma linha que segue, a propósito, a Súmula n. 122 deste Tribunal”.

No ponto, o acórdão assim sintetizou: “Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, tão logo decorridos os prazo para interposição de recurso dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas.”

Transcreveu-se, ainda, nas aludidas informações, trechos do referido voto condutor, os quais ora reproduzo, *in verbis*:

"7. DA EXECUÇÃO DAS PENAS

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, reviu posicionamento antes fixado no julgamento do HC nº 84.078, firmando orientação no sentido da possibilidade de execução das penas tão logo exaurido o duplo grau de jurisdição. O entendimento foi pela Suprema Corte no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº44, pelo que ficou expresso que o art. 283 do

Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias. A questão foi novamente examinada nos autos do ARE nº 964.246/STF, quando, "por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias".

Idêntica orientação vem da Súmula nº 122 deste Tribunal que diz: "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário". Desse modo, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo ou julgados estes, poderá ter início a execução da pena, inclusive no tocante às restritivas de direito (TRF4, Agravo de Execução Penal nº 5000985-25.2017.404.7117, 8ª Turma, Juiz Federal NIVALDO BRUNONI, por unanimidade, juntado em 28/04/2017), pelo que deverá ser oficiado ao juízo de primeiro grau para as providências que entender cabíveis.

Não se está aqui a tratar de prisão cautelar, cujos requisitos são próprios e não coincidentes com o atual estágio do processo, mas sim de execução de pena em razão de título judicial condenatório, sobre o qual não mais se estabelecerá efeito suspensivo diante da eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

Assim, a condenação em segundo grau, por si só, é fundamento idôneo para que se permita o cumprimento imediato da pena. Neste caso, diferente da prisão cautelar, tem-se por premissa que "a presunção de inocência não é absoluta e perde força no decorrer do processo, pelo menos após condenação, ainda que de primeira instância" (HC 114.688, LUIZ FUX, STF). Tal perda de força é mais intensa com a condenação em segundo grau.

A presunção de inocência ganha outros contornos no direito alienígena. Nos Estados Unidos, por exemplo, berço da presunção de inocência e do due process of law, regra geral, não há óbice à prisão após uma sentença condenatória, ainda que pendente de recursos. Igual exemplo se retira do Direito francês, onde a Corte de Cassação já decidiu pela compatibilidade entre a restrição de liberdade e a presunção de inocência, mesmo após condenação ainda recorrível.

Em caso análogo ficou decidido que "o STF não fez distinção, a qualquer modo e tempo, sobre as penas privativas de liberdade daquelas restritivas de direitos, tratando do tema de cumprimento das penas em caráter geral, lato sensu. Nesse curso, há pleno cabimento a construção da Suprema corte inclusive para o art. 147 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11.7.1984), no que se refere ao comando sentencial que condena em penas restritivas de direitos". (TRF4, AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL nº 5035477-40.2016.404.7000, 7ª Turma, Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, por unanimidade, juntado aos autos em 30/11/2016)

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça uniformizou divergência entre suas Turmas a respeito da matéria. A Quinta Turma daquela Corte Superior vinha entendendo pela impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito baseando-se em julgados antigos do STF afirmando que "a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito" (v.g. HC 386.872/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/03/2017). A Sexta Turma, por sua vez, autorizava a execução provisória independentemente da espécie

de pena, apontando que "muito embora o Supremo Tribunal Federal, em outra época, quando também admitia a execução provisória, ressalvasse o entendimento de que as penas restritivas de direitos só poderiam começar a ser cumpridas após o trânsito em julgado da condenação, a atual jurisprudência do pretório excelso não faz, ao menos expressamente, essa ressalva" (v.g. HC 380.104/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/02/2017), posição essa a que me alinho. Entretanto, em julgamento publicado em 24/08/2017, a 3ª Seção decidiu, por maioria, pela impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Ocorre que, tal julgamento não tem efeito vinculante e vai de encontro a recentes julgados do STF no sentido de que a execução provisória das penas restritivas não viola o princípio da presunção de inocência. A exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I E II, DA LEI 8.137/90. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, BUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida - Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. 2. In casu, o recorrente foi condenado, em sede de apelação, à pena de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, bem como ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias multa pela prática do crime previsto no artigo 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exhaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 141978 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017). GRIFEI

Não vejo porque adotar entendimento diverso daquele seguido por este Tribunal em todas as ações penais, o que levou, além do mais, à edição da já referida Súmula nº 122. Adotar, assim, outro entendimento neste caso específico, significaria emprestar ao presente processo seletividade incompatível com o exercício da jurisdição, já que o cumprimento da pena nada mais é do que o corolário do resultado do processo, aplicável aos condenados em primeiro e em segundo graus.

Como já apontei em inúmeros habeas corpus, o fato de se tratarem de crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, i.e., comumente qualificados como "crimes de colarinho branco", não exclui a gravidade das condutas. Crimes de colarinho branco podem ser tão ou mais danosos à sociedade ou a terceiros que crimes praticados nas ruas, com violência. O raciocínio vem corroborado pelo sociólogo Edwin Sutherland (White-Collar Criminality/1939):

O custo financeiro do crime de colarinho-branco é provavelmente muitas vezes superior ao do custo financeiro de todos os crimes que são costumeiramente considerados como constituindo 'o problema criminal'. Um empregado de uma rede de armazéns apropriou-se em um ano de USD 600.000,00, que foi seis vezes superior das perdas anuais decorrentes de quinhentos furtos e roubos sofridos pela mesma rede. Inimigos públicos, de um a seis dos mais importantes, obtiveram USD 130.000,00 através de furtos e roubos em 1938, enquanto a soma furtada por Krueger [um criminoso de colarinho branco norte-americano] é estimada em USD 250.000,00 ou aproximadamente duas vezes mais. (...) A perda financeira decorrente do crime de colarinho-branco, mesmo tão elevada, é menos importante do que os danos provocados às relações sociais. Crimes de colarinho-branco violam a confiança e, portanto, criam desconfiança, que diminui a moral social e produz desorganização social em larga escala. Outros crimes produzem relativamente menores efeitos nas instituições sociais ou nas organizações sociais. (SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (ed.) White-Collar Crime: classic and contemporary views. 3. ed. New York: The Free Press, 1995, p. 32.)

A advertência de Sutherland é apropriada. É necessário que se ultrapasse aquela compreensão individualista e siga-se para uma inteligência consentânea com a segurança jurídica e com a ordem pública, de modo a preponderar com eficácia a resposta estatal aos nefastos efeitos, pretéritos, presentes e futuros, que a corrupção encerra.

Por evidente que quase a imensa maioria dos investigados ou réus da "Operação Lava-Jato" não colocará em risco a segurança individual de quem quer que seja. É pouco provável que cometam pessoalmente qualquer crime violento ou os chamados crimes de sangue; talvez nunca portem uma arma de fogo, ou subtraíam diretamente recursos de outra pessoa física.

Talvez nos crimes de corrupção os efeitos deletérios não sejam tão visíveis, mas isso não os torna menos graves. Enquanto alguns poucos se apropriam da coisa pública como se privada fosse, sistemas básicos de saúde e ensino agonizam e sangram.

Um sangue invisível e capaz de provocar os maiores males ao Estado e seus administrados.

Enfim, os delitos financeiros e contra a Administração Pública trazem reflexos amplos e atingem toda a coletividade. Os efeitos são de tal monta que, passado longo tempo, ainda não é possível dimensionar o alcance da corrupção que envolve conhecidos empresários, agentes públicos e partidos políticos que se serviram da maior empresa estatal.

O desrespeito ao Estado de Direito demanda medida severa, e, havendo fundada razão diante das circunstâncias concretas, mostra-se

inevitável a adoção de medidas amargas como resposta ao desprezo para com as instituições públicas, certamente motivados pela certeza da impunidade.

Para não passar in albis, convém esclarecer que a determinação de cumprimento de pena após o julgamento em segunda instância, em nada se confunde com as prisões temporárias ou preventivas. Muito se fala a respeito dos excessos das prisões preventivas decretadas no âmbito da "Operação Lava-Jato", mas, no mais das vezes, sem qualquer demonstração efetiva de pertinência na afirmação.

Feitas tais considerações, é medida salutar e de efetividade da jurisdição criminal que se inicie o cumprimento de penas, tão logo esgotada a jurisdição de segundo grau.

Como se vê, afora a ligeira divergência de entendimento com relação aos julgados desse E. Superior Tribunal de Justiça no tocante à execução das penas restritivas de direito - o que é irrelevante para o caso de condenado a pena restritiva de liberdade de mais de 8 (oito) anos em regime inicial fechado -, a 8ª Turma deste Tribunal seguiu orientação parametrizada pela Corte Constitucional.

Há, pois, expressa fundamentação que, como se percebe, desborda da simples aplicação do precedente do STF ou da Súmula nº 122/TRF4"

Nesse passo, superada a inviabilidade de conhecimento do presente *writ* por deficiência em sua instrução, importa agora, ainda, preliminarmente, tecer considerações acerca do cabimento da presente **impetração preventiva**, a fim de se debater acerca da possibilidade de seu conhecimento.

Após discorrer sobre as origens e história do remédio heróico, Eduardo Espinola Filho esclarece que a natureza preventiva do *writ*, no direito brasileiro, remonta a 1871, *litteris*:

[...]

"Completo-se, em 1871, a evolução do instituto, no direito brasileiro, quando a lei n. 2.033, de 20 de setembro, focalizando o caso de ameaça à liberdade individual, determinou não ser o habeas-corpus, apenas, remédio contra o constrangimento já objetivado, e, sim, também contra o projetado e iminente. Dispôs, com efeito, o art. 18 desse diploma legislativo que "os juizes de direito poderão expedir ordem de habeas corpus a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do chefe de polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exército ou armada. A superioridade de grau na ordem da jurisdição judiciária é a única que limita a competência da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas por mandados das mesmas autoridades judiciais; e o § 1º acrescentou: "Tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas corpus, ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado" (in Código de Processo Penal Brasileiro anotado, Vol. VI, 1º e 2º edição. Liv. Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1944, pags. 222 e 223).

Outrossim, é elucidativa a lição de Gustavo Badaró ao discorrer sobre a aplicação preventiva do *habeas corpus*:

[...]

O art. 647 do CPP prevê a concessão do remédio quando “alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir”. Há, pois, um qualificativo da violência ou coação. Ela deve estar na iminência de ocorrer. Iminente, etimologicamente, vem do latim *Imm nens, ntis*, que significa “que está perto de, que está pendente”. É aquilo que “que ameaça se concretizar, que está a ponto de acontecer; próximo, imediato”.

[...]

Assim, é cabível o habeas corpus preventivo mesmo no caso em que a ameaça de prisão constitua apenas um evento possível, no longo prazo, ainda que longínquo ou remoto”

(in Manual dos Recursos Penais, Ed. RT, São Paulo, 2016, fls. 471 e seg.).

Da Jurisprudência do Pretório Excelso, da lavra do Exmo. Sr. Ministro Eros Grau, vale conferir o precedente a seguir que bem explicita a questão:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONVERSÃO DE HC PREVENTIVO EM LIBERATÓRIO E EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. QUEBRA DA IGUALDADE (ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO.

O habeas corpus preventivo diz com o futuro. Respeita ao temor de futura violação do direito de ir e vir. Temor que, no caso, decorrendo do conhecimento de notícia veiculada em jornal de grande circulação, veio a ser concretizado. Justifica-se a conversão do habeas corpus preventivo em liberatório em razão da amplitude do pedido inicial e porque abrange a proteção mediata e imediata do direito de ir e vir.

[...]

PRISÃO PREVENTIVA: Indeferimento, pelo Juiz, sob o fundamento de ausência de conduta, do paciente, necessária ao estabelecimento de nexos de causalidade entre ela e fatos imputados a outros investigados. Reconsideração com fundamento em prova nova consistente na apreensão de papéis apócrifos na residência do paciente. Insuficiência de provas que se reportam a circunstâncias remotas, dissociadas do contexto atual.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA: I) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL.

Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por conseqüência, temerária, autêntica antecipação da pena. O propalado "suborno" de autoridade policial, a fim de que esta se abstinhasse de investigar determinadas pessoas, à primeira vista se confunde com os elementos constitutivos do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa).

II) GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE.

A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal. Precedentes.

III) GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, COM ESTEIO EM SUPOSIÇÕES.

Mera suposição – vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinqüindo não autorizam a medida excepcional de construção prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão.

IV) PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. No decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas das classes subalternas, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riquezas. **PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE.** A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo. **ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA.** O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranqüilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranqüilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida. **COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO.** O que

caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das constrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Ordem concedida.

(HC 95.009/SP, Tribunal Pleno, rel. Ministro EROS GRAU, DJe 18.12.2008).

À luz das referidas orientações doutrinárias e jurisprudenciais, **tenho por configurada ameaça concreta e iminente à liberdade de locomoção física do ora paciente**, consubstanciada em determinar-se a execução provisória da pena estabelecida, (cujo cumprimento se avizinha, ante o anunciado julgamento dos embargos de declaração), e que se mostra apta a justificar o cabimento deste remédio processual preventivo (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República).

Conheço, nesse contexto, da presente impetração.

Fixadas tais premissas, **passo**, em consequência, **ao exame do mérito trazido**.

A questão da execução provisória da pena foi recentemente, **revista**, em total **overruling**, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, ocasião em que se superou entendimento consolidado desde o ano de 2009.

A Corte Suprema entendeu pela possibilidade de imediato início do cumprimento da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição à liberdade do condenado, sem que referida orientação implique em ofensa ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, na medida em que os recursos especiais e extraordinários são desprovidos de efeito suspensivo.

Confira-se:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado

(HC 126.292/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 17.5.2016).

Posteriormente, em controle concentrado de constitucionalidade, por maioria de votos, indeferiu liminar na ADC n. 43 e na ADC n. 44, cujo objeto é a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, confirmando, assim, o entendimento firmado no HC 126.292/SP.

Em 10.11.2016, nos autos do **Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246/SP, em sede de repercussão geral**, reafirmou a jurisprudência dominante sobre o tema em debate conforme se verifica da ementa do julgado a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria (ARE 964.246/SP, rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25.11.2016).

Este colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também adotou o aludido posicionamento, a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, cujo brilhante voto sintetiza a questão em debate conforme se verifica dos trechos a seguir transcritos:

“Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de “guarda da Constituição” (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Assim específica, verbis:

(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, é necessário uma validade prática” (Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.).

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de “desarrumação” do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

[...]

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta da assim chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, tamanha elasticidade quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o remédio heroico, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em “sub-rogado universal das impugnações recursais”, do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do writ – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.

Certo é que, em decorrência dessa pleora de meios impugnativos, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma infundável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos – o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do ius puniendi do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, “papel decisivo nessa rearrumação”.

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positividade na Carta de 1988, o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) sugere que sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o Bill of Rights, mas também à parte contrária, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

[...]

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, preservado o núcleo essencial dessa garantia, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o

salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas.

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo (GREVI, Vittorio. Alla ricerca di un processo penale giusto. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13)."

Especificamente dos Ministros que compõem esta egrégia Quinta Turma, colaciono, dentre inúmeros outros, os seguintes julgados recentes que reafirmam a possibilidade de execução da condenação imposta em segundo grau de jurisdição, independentemente da ocorrência de trânsito em julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Consoante o entendimento desta Corte, não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática do relator não conhece habeas corpus cujo pedido for contrário a entendimento jurisprudencial sedimentado, como se verificou no caso dos autos, sobretudo considerando que o julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada.

2. Não há falar em cerceamento de defesa por eventual supressão ao direito de realização de sustentação oral, sobretudo quando tal pedido é realizado em sede de agravo regimental, tendo em vista a inadmissibilidade prevista no art. 159 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/16, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário, assim como o recurso especial, desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, pela Suprema Corte no exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em 5/10/2016. O Superior Tribunal de Justiça também adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento, pela Sexta Turma, dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.

4. In casu, a prisão do agravante decorre de sentença condenatória confirmada em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujos aclaratórios foram julgados em 5/9/2017, tendo sido interpostos recursos especial e extraordinário, esgotando-se

a via recursal ordinária, nada havendo a ser reparado no presente recurso.

Agravo regimental desprovido.

(AgRG no HC 396.213/SP, QUINTA TURMA, de minha relatoria, DJe 8.02.2018).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO
CIRCUNSTANCIADO. CONTINUIDADE DELITIVA. ASSOCIAÇÃO
CRIMINOSA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDA
INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXPEDIÇÃO DE
MANDADO DE PRISÃO. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.
PRISÃO DOMICILIAR. IMPRESCINDIBILIDADE AOS CUIDADOS DO
FILHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO
CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Por ocasião do julgamento do ARE 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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" (ARE 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 25/11/16).

III - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, de forma que é possível a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

IV - Não há que se falar, portanto, em ofensa ao princípio da presunção de inocência ou reformatio in pejus, quando o eg. Tribunal de Justiça determina a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal.

V - A jurisprudência desta Corte entende que para o deferimento da prisão domiciliar, faz-se necessária a comprovação da imprescindibilidade dos cuidados ao filho menor.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 427.797/MG, QUINTA TURMA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 16.02.2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL
NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CONDENAÇÃO

PELO TRIBUNAL A QUO. SUPERAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO CAUTELAR. INSTITUTOS DISTINTOS. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e deve ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

2. Após o julgamento do **Habeas Corpus n. 126.292/SP** (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal 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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

3. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

5. Agravo não provido.

(AgRG no HC 383.406/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 27.11.2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO DE CÓPIA DOS AUTOS E REMESSA À ORIGEM PARA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PROVIDÊNCIA EMBASADA NA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Nos termos do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292, a determinação de imediato início do cumprimento da pena após a afirmação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias se revela consentânea com os princípios encartados na Constituição Federal, mormente em razão da ausência, em regra, de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária.

2. *Agravo regimental desprovido*" (AgR no REsp 1.604.256/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 1º/8/2017).

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. Habeas Corpus não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal." (HC 350.518/SP, QUINTA TURMA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 24/5/2016).

Em que pesem os respeitáveis entendimentos que consagram a legitimidade da execução provisória de sentença penal condenatória, ainda pendente de recurso, não se olvida que é possível haver mudança na orientação do tema pela Corte Suprema.

É que, em julgados recentes, de natureza cautelar, os eminentes Ministros daquela Corte, principalmente a maioria daqueles que compõem a egrégia Segunda Turma, tem concedido provimentos cautelares ou mesmo deferido o próprio *habeas corpus* em hipóteses em que as instâncias ordinárias, ao determinarem a expedição do decreto de prisão para efeito de execução provisória, (1) se limitam a simplesmente mencionar, sem qualquer fundamentação idônea, a diretriz

jurisprudencial consagrada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do aludido precedente ou nas ADC 43-MC/DF e ADC 44-MC/DF (ambas da relatoria do Ministro Marco Aurélio), ou, ainda, no ARE 964.246/SP (rel. Min. Teori Zavascki), ou (2) fazem-no sem que ainda tenha sido esgotada a jurisdição ordinária, estando pendentes declaratórios ou infringentes, ou (3) quando determinam a execução imediata do julgado nos autos do recurso interposto exclusivamente pelo réu condenado a quem se garantiria anteriormente, sem qualquer impugnação do *Parquet* Estadual, o direito de aguardar em liberdade a execução do processo. Nesse diapasão, confirmam-se: HC 135.951-MC/DF, rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI; HC 137.494-AgRg/DF, rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI; HC 144.908-MC/RS, rel. Ministro MARCO AURÉLIO; HC 146.006-MC/PE, rel. Ministro MARCO AURÉLIO; RHC 129.663-MC/RS, rel. Ministro CELSO DE MELLO.

A título exemplificativo, nos autos do HC 136.720/PB, iniciou-se julgamento na Segunda Turma daquele colendo Tribunal, suspenso por pedido de vista (embora já tenha se formada maioria pela concessão da ordem), em que o eminente Relator Min., Ricardo Lewandowski, propôs o deferimento do *writ* em virtude da 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, sem oposição de insurgência pelo Ministério Público.

Todavia, frise-se, a maioria das referidas decisões se deu em sede de provimentos cautelares, não havendo manifestação do Plenário daquela Corte Suprema.

De forma que, por hora, **parece-me mais razoável e coerente**, mormente considerando o papel constitucional deste Superior Tribunal de Justiça – Corte de Precedentes, **continuar entendendo pela aplicação do precedente vinculante geral** do Plenário do STF (ARE n. 964.246/SP) – que autoriza o início da execução da pena aplicada na ação penal após cumprido o duplo grau de jurisdição.

Acresça-se, ainda, que o Plenário do STF aprovou este precedente há pouco mais de um ano, após profundo e maduro debate, razão pela qual, às Cortes de apelação e a este Tribunal Superior, comprometidos com um sistema jurídico estável e previsível, **não cabe deixar de aplicá-lo**. Somente ao Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a última palavra sobre interpretação de normas constitucionais, compete alterar seu posicionamento.

A propósito, em comentários específicos sobre o histórico precedente transcrevo, por elucidativos, da obra “Prisão Cautelar – dramas, princípios e alternativas”, de Rogério Schiatti Cruz, os seguintes excertos:

“De todo modo, talvez se pudesse afirmar, com dose maior de aceitabilidade, que o caminho mais adequado a trilhar fosse o da reforma legislativa, quer alterando o sistema de recursos extraordinários, tal qual proposta ainda em curso no Congresso Nacional (a cognominada PEC dos Recursos, já referida linhas acima), quer promovendo mudança na própria redação do dispositivo constitucional que consubstancia a presunção de não culpabilidade.

As chances, contudo, de revisão do tema por meio legislativo eram escassas, haja vista que a PEC dos recursos, a par de tramitar há 6 anos no Congresso, já teve sua versão inicial totalmente desfigurada por meio de proposta substitutiva. Assim como em outras matérias, nas quais a constitucionalização do Direito induziu o Poder Judiciário a protagonizar mudanças sociais ante a inércia do Poder Legislativo, a Corte Suprema, em sua diuturna percepção sobre o déficit de efetividade da justiça criminal, não se esquivou de seu enfrentamento.

[...]

Bem ou mal – isso só o tempo demonstrará –, o que o STF fez foi tão somente exercer seu papel de intérprete-mor da Constituição, tal qual em inúmeras outras ocasiões de sua história republicana.

Não se trata de simplesmente afirmar, como o fez o Juiz Charles E. Hughes, da Corte Suprema do Estados Unidos, que a Constituição 'é aquilo que os juízes dizem que ela é'. A legitimidade desse ditado somente ocorre quando ele se realiza com a observância das competências que a Constituição de cada país outorga a quem, efetivamente, interpreta sua Carta Maior, e quando o processo decisório se perfaz de acordo com o devido processo legal. E isso foi feito, ineludivelmente.

[...]

Ao dirigir o olhar para o Direito praticado em outras nações do mundo ocidental e examinar o que dizem todos os tratados que versam direitos humanos, um observador isento concluirá que a opção por esta ou aquela compreensão acerca do princípio da presunção de inocência perfaz o âmbito de escolha, soberana, de cada nação”.

Outrossim, impende enfrentar as alegações invocadas pelos impetrantes em abono de uma pretensa postergação do cumprimento antecipado da pena, quais sejam, **(a)** a de que o acórdão condenatório não tem fundamentação idônea acerca da necessidade de recolhimento ao cárcere, e a de que, no caso em discussão, **(b)** há especificidades relativas às questões de direito que serão trazidas nos recursos extraordinário e especial (incompetência do juízo e dosimetria da pena, por exemplo) que não podem ser desconsideradas.

Em relação ao primeiro argumento, os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição nas instâncias ordinárias, não necessitando de

fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada, sem que isso importe em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Esta Turma Julgadora, por diversas oportunidades, já enfrentou referida discussão tendo se firmado orientação de que *"a prisão decorrente de decisão confirmatória da condenação pelo Tribunal de apelação não está vinculada ao exame dos pressupostos para a prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. (HC 381.568/PR, QUINTA TURMA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017).*

Colaciono, ainda, para melhor compreensão, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA A QUO. DESNECESSIDADE DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP.

1. *Prevalece o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Nessas hipóteses, não se compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.*

2. ***A determinação de execução provisória da pena independe da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, somente podendo ser sustada se não esgotada a via ordinária.***

3. *Agravo regimental improvido. " (AgR no REsp 392.724/SP, SEXTA TURMA, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 8/2/2018).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO DE CÓPIA DOS AUTOS E REMESSA À ORIGEM PARA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PROVIDÊNCIA EMBASADA NA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. ***Nos termos do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292, a determinação de imediato início do cumprimento da pena após a afirmação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias se revela consentânea com os princípios encartados na Constituição Federal, mormente em razão da ausência, em regra, de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária.***

2. *Agravo regimental desprovido" (AgR no REsp 1.604.256/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 1º/8/2017).*

"HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL

APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. MAUS ANTECEDENTES. RECRUDESCIMENTO DO REGIME. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

2. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus denegado" (HC 412.538/SP, QUINTA TURMA, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 24.10.2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

[...]

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. O ário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório,

ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.

2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de *reformatio in pejus* e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.

3. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena imposta à paciente, em razão da ausência de notícia nos autos ou no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da interposição de demais recursos ordinários contra o apelo defensivo, tendo o processo retornado à origem para o cumprimento da sentença condenatória.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de redimensionar a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 dias-multa.

(HC 368.154/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 17.04.2017)

Tampouco mostra-se válido o segundo argumento deduzido – plausibilidade das questões de direito suscitadas no recurso especial.

É que, sequer foi ainda ele interposto contra o acórdão que condenou o paciente. Não há, desse modo, como antever a plausibilidade das razões que serão nele deduzidas. É consabido que ainda pendem de julgamento os próprios declaratórios opostos pela defesa, oportunidade em que a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região pode modificar ou integrar o seu julgado, pelo que descabida e temerária qualquer antecipação de discussão relativa, por exemplo, à incompetência do juízo ou dosimetria da pena, por este STJ, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Por derradeiro, cabe referir que pleito dos impetrantes para que se afaste a inelegibilidade de que trata o art. 26-C da Lei Complementar n. 64/90, não pode ser conhecido em sede de *habeas corpus*, uma vez que o dispositivo em comento prescreve somente ser possível por meio de **recurso** contra decisão confirmatória da condenação penal (recurso especial).

Feitas tais ponderações, não verifico, pois, excepcionalidade demonstrada no *writ sub exame* que se destaque daquelas hipóteses que conduziram

os precedentes paradigmas - HC 126.292-SP e no ARE 964246-SP - , não sendo, portanto, caso de ***distinguishing***. Os argumentos trazidos não são dotados de força suficiente a fim de justificar a não aplicação dos referidos precedentes, na medida em que não negam a sua essência.

Destarte, nada obstante a existência de uma ameaça real, consubstanciada na iminente prisão do paciente, tão logo se esgote a jurisdição de 2ª instância, é certo que referida ameaça não decorre de ato ilegal, mas da condenação confirmada em grau de recurso de apelação, portanto, não havendo margem para se falar em constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, em consonância com o posicionamento já firmado pelo Pretório excelso, nos termos já amplamente expressos neste voto.

Ante o exposto, conheço em parte do presente *habeas corpus*, contudo, denego a ordem.