

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, impetrado em favor do ex-Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, em que se indica como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4a. Região.

Na primeira instância, o paciente foi condenado à pena de 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, reconhecido o direito de apelar em liberdade.

O Tribunal revisor manteve a condenação do paciente, com aumento da pena anteriormente imposta para 12 anos e 1 mês de reclusão, noticiando a execução provisória da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias.

Os impetrantes pretendem, em síntese, impedir a expedição de mandado de prisão oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região antes do eventual trânsito em julgado da condenação criminal.

Sustentam, preliminarmente, que não estão presentes, na espécie, os requisitos da segregação cautelar pois *"o Paciente acompanhou todo o trâmite do processo-crime em liberdade, não se podendo cogitar, em nenhum momento, conduta que pudesse, ainda que minimamente, configurar um dos pressupostos e requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Mais que isso, o Paciente sempre adotou postura integralmente colaborativa com a apuração criminal, comparecendo a todos os atos processuais necessários em todos os procedimentos criminais nos quais ostenta a posição de investigado/acusado"* (fl. 4, e-STJ).

De outra parte, defendem que:

"(...) o quanto consignado no Supremo Tribunal Federal por apertada maioria no HC 126.292 e MC nas ADCs 43 e 44 é destituído de caráter vinculante, incumbe a este Tribunal Superior decidir de forma a prestigiar os valores constitucionais que atualmente se encontram ameaçados, sobretudo quando deparado com um preceito normativo cuja redação é categórica, caso do art. 5, LVII, do Estatuto da República.

(...)

Assim ainda que ignorados os dispositivos constitucionais e legais frontalmente transgredidos pela nova inclinação jurisprudencial da Suprema Corte, o que se faz, evidentemente, por mera concessão dialética deve se ressaltar que o entendimento adotado pela Corte Máxima, nos julgamentos do HC 126.292 e na cautelar da ADC 43 e ADC 44, tornou a execução provisória da pena uma possibilidade e não uma obrigação que deve esta ser avaliada conforme as circunstâncias do caso concreto.

Essas circunstâncias ÿ½ não se encontram presentes no caso ora em comento" (fls. 11-19, e-STJ).

Asseveram, ainda, que a execução provisória da pena não se presume, tampouco possui caráter automático. Subsiste, como é de se esperar de qualquer medida restritiva da liberdade decretada em caráter provisório, o dever de fundamentação da decisão judicial, inócurrente na espécie (CF/88, arts. 93,IX e 5½, LVII). Proclamam, no tópicu, inválidu o argumento da Súmula 122 daquela Corte, de seguinte teor: "*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*".

Não reconhecem, aliás, o efeito vinculante da decisão proferida pelo Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal no ARE 964.246, em regime de repercussão geral (Tema 925/STF).

Consideram, pois, inteiramente desnecessária e ilegal eventual decretação de prisão preventiva ou antecipação da execução da pena privativa de liberdade fixada pela instância revisora. Lembram, a propósito, a idade avançada do paciente e sua liderança pessoal e nacional, como pré-candidato à Presidência da República.

Registram a necessidade de afastar a situação de inelegibilidade do paciente, nos termos da Lei Complementar n.º 64/1990, art. 26-C.

Pontuam que a ameaça concreta de prisão feita pelo Tribunal de origem, sem pedido do MPF, infringe o princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

Tecem, ainda considerações sobre a plausibilidade das teses jurídicas que serão esposadas no provável e futuro recurso especial a ser interposto (incompetência do Juízo Federal da 13.ª Vara do Paraná; atipicidade das condutas, erro na dosimetria, falta de fundamentação, nulidades, etc.), o que justifica, mais ainda, em caráter preventivo, o afastamento do justo receio de prisão existente.

Liminar indeferida no recesso forense.

Informações prestadas.

O MPF opina pela denegação da segurança.

Os embargos de declaração opostos ainda pendem de decisão do TRF/4.ª Região.

Região.

É o resumo do *habeas corpus* preventivo!

Efetivamente, não há possibilidade *imediata* de o direito ambulatorial do paciente ser constrangido, tendo em vista que a jurisdição ordinária ainda não se esgotou. Pendem de decisão os embargos de declaração opostos pelo sentenciado, ora paciente. Daí o caráter preventivo solicitado.

Diante dos termos da parte final do acórdão impugnado, a proximidade do julgamento dos aclaratórios opostos e tendo em vista o teor da Súmula 122 do TRF/4.ª Região, utilizada como razão de decidir, penso que há, em princípio, fundado e concreto receio do paciente à prisão, decorrente da chamada execução provisória da pena anunciada. Vislumbro, pois, **risco**

potencial (HC 102.041/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/4/2010, DJe de 19/8/2010) a justificar o manejo do *writ* preventivo, pelo menos em parte da ampla argumentação desenvolvida pela brilhante defesa.

É preciso recordar que a decisão impugnada não se vincula aos pressupostos do art. 312 da Lei Adjetiva Penal. Não se trata de prisão preventiva. Se dela se tratasse, estaria eu inteiramente de acordo com a linha de argumentação deduzida pela defesa. A instrução processual transcorreu normalmente, com a presença constante do acusado e/ou da defesa. Não há qualquer comprometimento da aplicação da Lei penal (Ao contrário, mesmo com a cassação da ordem de recolhimento de passaporte pelo TRF/1ª Região, em outro processo, o paciente até desistiu de efetuar viagem internacional). As condições pessoais do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva são favoráveis (primário, sem antecedentes, aposentado, idoso, com residência fixa, etc.). Se não foi imprescindível sua prisão ou a fixação de outras medidas cautelares, durante a instrução, é óbvio que não haveria motivo para se cogitar, agora, em preventiva.

Acontece que a defesa insiste, com muito brilho e diga-se de passagem que essa linha de argumentação deve ser levada em consideração também na fase da chamada execução provisória da pena. E aí mora a controvérsia entre o Ministério Público e os impetrantes.

Busca-se, em síntese, a revogação imediata da determinação próxima de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, estabelecida pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação, que manteve a condenação imposta em primeira instância, com agravamento da pena privativa de liberdade e permanência do regime prisional inicialmente fechado.

Em outras palavras, a questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a

ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva. Nesse sentido:

[...] 3. Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...] (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi reformulada em fevereiro de 2016: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o HC n. 126.292, 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. Na dicção do saudoso e inesquecível relator do caso, Ministro Teori Zavascki, 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. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º ½, 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 126292, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, assentando que é coerente com a Constituição Federal o iniciar a execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>)

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. *O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da Relatora quanto ao mérito da questão.*
2. *Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.*
3. *Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado.* (EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA

TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Anoto, aliás, que, em trabalho que apresentei no Doutorado em São Paulo, no ano de 2016, em disciplina ministrada pelo festejado Professor e jurista Luiz Régis Prado, tive a oportunidade de sustentar também a tese não acolhida pela maioria do STF, quanto ao art. 283 da Lei Adjetiva Penal.

Portanto, no julgamento do ARE 964246/SP, submetido à sistemática da repercussão geral, instituto que confere força vinculante à matéria já decidida pelo Supremo Tribunal Federal, consoante disposto nos arts. 1.039, *caput* e parágrafo único, e 1.040, I, II e II, ambos do Novo Código de Processo Civil, reafirmou-se:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º½, 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 5º½, 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, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL ½ MÉRITO DJe-251 DIVULG 24/11/2016 PUBLIC 25/11/2016.).

Sobre o efeito vinculante da referida decisão: HC 125.617 ED, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-288 DIVULG 13-12-2017 PUBLIC 14-12-2017; HC 148.954 AgR, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017 e HC 137908 AgR, Relator Min. EDSON FACHIN, SEGUNDA Turma, DJe 06-03-2017.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Especial, a Terceira Seção, a Quinta e a Sexta Turmas têm reafirmado o caráter vinculante do

julgado proferido no ARE 964246 RG, consoante se constata dos seguintes precedentes: AgRg no RE nos EDcl no RHC 80.470/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/11/2017, DJe 12/12/2017; AgRg no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 988.650/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017; AgRg no RE no AgRg no RHC 76.199/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 14/06/2017; Rcl 30.193/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016, DJe 16/06/2016; Rcl 31.799/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 19/12/2017; EAREsp 606.623/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 05/10/2017; AgRg no HC 409.274/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017 e AgRg no RHC 91.302/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017.

Aliás, sobre o tema, a Corte Especial do STJ, ao interpretar a nova diretriz do Excelso Pretório, passou a entender que a execução provisória da pena pode ocorrer mesmo nas ações originárias que por aqui tramitam (instância única), considerando que esgotada estará a matéria fática correspondente. A propósito, confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL.
QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL
ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO
CONDENATÓRIO. EMBARGOS
DECLARATÓRIOS. REJEITADOS.
EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE
MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE
DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE
MANDADO DE PRISÃO EM FACE DO
RÉU.

1. Com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.

2. Verificado o transcurso do prazo para recurso relativo à matéria de fato, após a publicação do acórdão condenatório, opera-se o exaurimento da cognição fática.

3. Na hipótese, o acórdão condenatório foi publicado em 2/2/2016, tendo sido

rejeitados os embargos declaratórios na sessão de julgamento do dia 2/3/2016, da Corte Especial.

4. É possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo.

Determinada a expedição, incontinenti, do mandado de prisão e da guia de cumprimento provisório da pena.

(QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 26/04/2016)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL. REITERAÇÃO DE ALEGAÇÕES JÁ DEVIDAMENTE ANALISADAS E REJEITADAS. CARÁTER PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 619, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCONFORMISMO COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. ACLARATÓRIOS REJEITADOS. EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO EM FACE DOS RÉUS CONDENADOS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

.....

3.8 - Embargos de declaração rejeitados 4. DO PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA 4.1 - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP, passou a adotar o entendimento de que não viola a presunção constitucional de não culpabilidade a execução provisória da pena quando pendente recurso sem efeito suspensivo, como são os recursos extraordinários e

especial, nos quais não há mais possibilidade de discussão acerca da matéria de fato.

4.2 A tese foi reafirmada pela Corte Constitucional em sede de repercussão geral no âmbito do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP nos seguintes termos: "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 964246 RG, Rel.: Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, DJE 25/11/2016).

4.3 - Recentemente, esta Corte Especial também admitiu a execução provisória da pena no âmbito de ação penal originária nº 675/GO ao fundamento de que "é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo". (QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 26/04/2016).

4.4 - O caso em concreto admite seja deferido o pedido do Ministério Público Federal de imediata expedição de mandado de prisão em face dos réus em relação aos quais a ação penal foi julgada procedente.

4.5 - Após prolatado o acórdão penal condenatório, houve a oposição de dois embargos de declaração, os quais não foram acolhidos com efeito modificativo. Não houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto houve a possibilidade de rediscussão dos fundamentos fáticos do

acórdão recorrido. 4.6 - Com a rejeição dos presentes aclaratórios, foram esgotadas as possibilidades de interposição de recurso perante esse Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual resta aos réus tão somente a interposição de eventual recurso extraordinário, sem efeito suspensivo e restrito a matérias essencialmente de direito. Assim, exaurida a instância desse Superior Tribunal de Justiça, está encerrada etapa processual voltada para o exame de provas e fatos relacionados ao mérito da ação penal.

4.7 - Deferido o pedido do Ministério Público Federal e determinada a imediata expedição de carta de sentença e de mandado de prisão em face de Valci José Ferreira de Souza, José Carlos Gratz, Francisco Carlos Perrou, Luiz Carlos Mateus, João de Sá Netto, bem como a remessa de cópia dos autos originais à Seção Judiciária de Vitória/ES para fins do início da execução das penas cominadas aos réus. (EDcl nos EDcl na APn 300/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 23/10/2017).

Assim, a partir do início de 2016, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. No ponto, a bela tese desenvolvida pela defesa tem por base respeitável diretriz pretoriana superada:

(...)A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ. VI. Conforme julgado desta Corte, "a

decretação da prisão cautelar pela Corte de 2½ grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011). VII. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA (COM MINORAÇÃO DA PENA). 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.

(...)

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 em 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 tão somente apelar em liberdade, como ocorreu, valendo ressaltar

que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.

5. Habeas Corpus não conhecido. (HC 360.586/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), 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 ½, 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.

2. 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.

3. Ademais, esta Corte já firmou posicionamento 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.

4. Contudo, no caso dos autos, verifica-se que foram apresentados Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, que estão pendentes de julgamento. Assim, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

5. Habeas corpus concedido apenas para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária. (HC 372.205/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017). **HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.**

(.....)

2. O Plenário 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.

3. 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.

4. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena imposta à paciente, uma vez que já esgotada a instância ordinária, aguardando-se atualmente, o julgamento dos reclamos de natureza extraordinária interpostos pela sua defesa.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 373.120/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017).

HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, por meio do Tribunal Pleno, decidiu 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, previsto na Constituição Federal.

2. Não prospera a alegação do impetrante de reformatio in pejus para o paciente, uma vez que desnecessário o pedido por parte do Ministério Público, sendo um efeito automático da condenação. Do contrário, seria inviável, em qualquer caso, a determinação do cumprimento da execução provisória.

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 371.527/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016).

No mesmo diapasão: HC 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em

02/06/2016, DJe 14/06/2016 e HC 366.694/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017.

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discutem mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário se e quando interposto(s).

Quanto ao efeito suspensivo pretendido ao recurso especial futuro e provável, penso que o *habeas corpus* intentado não merece, no ponto, conhecimento. As teses jurídicas formatadas pelas instâncias ordinárias não são ainda definitivas (*Defesa: majoração da pena-base, para evitar apenas a prescrição; inexistência de ato de ofício; impropriedade da teoria do domínio do fato para fins de condenação pelo crime de corrupção passiva; inocorrência do crime de lavagem de dinheiro; atipicidade - exaurimento do crime antecedente; nulidades ou negativa de vigência* *§ 1º arts. 69, 70, 158, 254 e 616 do CPP*). Podem ser alteradas ou modificadas na via dos embargos de declaração. Logo, esta Corte não deve antecipar eventual tutela recursal provisória, ainda mais na via do **writ** e sem o prazo ou a interposição do recurso especial correspondente.

No ponto, registro que há decisões de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal que, de forma excepcional, têm concedido efeito suspensivo a recursos especiais, quando existente tese plausível de absolvição ou de atipicidade; de prescrição ou até mesmo de dosimetria da pena, com mudança de regime - exemplo: aberto, com substituição por restritivas de direito - (HC *Nº* 438.039 *§* 1º SP, por mim relatado, DJe 02/03/2018; HC 438.088, por mim relatado, DJe 02/03/2018; HC 434.655-RS, Rel. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 22/02/2018; TP 1320-PR, Rel. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 02/03/2018), mas sempre na linha concreta de argumentação de eventual recurso especial, na hipótese inexistente.

De igual forma, o aspecto da inelegibilidade do paciente (Lei Complementar 64/1990 *§* 1º art. 26-C) não foi sequer debatido no acórdão impugnado. Incide, na espécie, a diretriz contida nos autos do RHC 59.980/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/02/2016 e HC 222.217/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012), evitando-se indevida supressão de instâncias.

Por fim, quero deixar registrado que o Superior Tribunal de Justiça tem exercido seu papel de Corte Nacional de uniformização da lei federal e mesmo diante de tema de natureza constitucional, como é o confronto da execução provisória da pena em face do princípio da presunção de inocência, não tem escapado de se pronunciar, seja para não negar vigência a lei federal, seja para exercer o controle de constitucionalidade difuso, seja para conferir ou não efeito suspensivo aos casos concretos de recursos especiais.

Apenas para relembrar:

a) Em relação à execução provisória das penas restritivas de direito, a Terceira Seção do STJ reafirmou a vigência do art. 147 da LEP, especialmente em razão da inexistência de interpretação conforme ou de declaração de inconstitucionalidade por parte do STF nos precedentes indicados (HC 126.292/SP, ADCs 43 e 44 e ARE 964.246/SP):

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.

2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

3. Embargos de divergência rejeitados. (REsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017).

b) No que diz respeito à execução provisória de pena privativa de liberdade, atribuída a parlamentar estadual, distrital ou federal, a Seção uniformizadora da área criminal, contra os votos dos Ministros Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e meu, considerou aplicável a diretriz contida nos multicitados precedentes, apesar do regramento constitucional referente à perda dos mandatos (CF, art.53, $i\frac{1}{2}$ $2i\frac{1}{2}$; 32, $i\frac{1}{2}$ $3i\frac{1}{2}$ e 27, $i\frac{1}{2}$ $1i\frac{1}{2}$) -(AgRg nos REsp 1262099/RR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 24/11/2016);

c) Quanto à execução provisória da pena após a sentença condenatória decorrente da decisão do conselho de sentença (júri popular), a Quinta Turma deste Tribunal tem recusado tal possibilidade, mesmo com um julgado majoritário em sentido contrário da colenda Primeira Turma do STF. Veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO

JÚRI. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO EXHAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE DECISÃO DECRETANDO A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRISÃO ILEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Caso em que o recorrente, após responder ao processo em liberdade, foi condenado no dia 19/10/2017 pelo Tribunal do Júri à pena de 13 anos de reclusão. Na mesma oportunidade, o juiz-presidente acolheu o pedido ministerial formulado com base no acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no julgamento do HC 118.770/SP, e deferiu a imediata execução provisória da pena. Acontece que a conclusão majoritária do referido julgado foi no sentido de não admitir a impetração, sem comprometimento com a respeitável tese esboçada na ementa do digno Redator para o acórdão. Não há notícia, aliás, de qualquer precedente da Segunda Turma ou do Pleno do STF que proclame a execução provisória da pena antes do exame da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação, como entendeu o acórdão impugnado.

2. Na verdade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 17/2/2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, entendeu que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Submetida a questão à sistemática da repercussão geral, o Pleno do Pretório Excelso 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 n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).

3. Na espécie, é prematuro antecipar a execução da pena antes de se submeter o édito condenatório do Tribunal do Júri ao controle revisional da Corte de apelação, com a efetiva estabilização da discussão sobre a matéria fática. Precedentes.

4. Em suma, a execução provisória da pena, in casu, foi determinada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri em face do veredicto popular, antes mesmo da interposição do recurso de apelação cabível para a instância ad quem, o que configura manifesta ilegalidade, passível de correção de ofício por esta Corte Superior de Justiça (RHC 84.406/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

5. De qualquer modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderem que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível. A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas.

6. Recurso ordinário em habeas corpus provido para suspender o processo de execução provisória da pena até o exaurimento dos recursos sujeitos a julgamento pelo Tribunal estadual, assegurando ao recorrente o direito à liberdade, mediante medidas cautelares a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau, se necessárias, salvo se estiver preso cautelarmente por outro motivo. (RHC 92.108/RS, de minha relatoria)

Com efeito, a Corte Nacional de Uniformização da legislação infraconstitucional tem exercido seu papel, inclusive quanto ao controle difuso de constitucionalidade das normas jurídicas.

Mas, na seara constitucional, a última palavra é sempre do STF e não cabe às instâncias ordinárias ou à instância superior de uniformização da lei federal conferir interpretação diversa aos julgados do Plenário da Suprema Corte, com repercussão geral e efeito vinculante.

Nas circunstâncias dos autos, somente os Membros da Suprema Corte de Justiça podem alterar, rever, negar ou mitigar o efeito vinculante proclamado, tal como já vem ocorrendo, sobre o tema deste *mandamus*, em respeitáveis decisões de quatro ex-Presidentes do STF, em atividade na Corte: Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski e do atual Vice-Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli.

Nesta Corte, somente seria possível a inobservância ou mitigação da referida diretriz pretoriana vinculante se o caso em julgamento fosse distinto do precedente obrigatório (situação de distinção, ou *distinguishing*) ou se fosse a hipótese de sua revogação por alterações de condições e requisitos (superação/ *overruling*), o que não acontece nos autos. Na verdade, o ARE 964.246-SP trata especificamente da pertinência da execução provisória da pena privativa de liberdade, quando esgotada a jurisdição do Tribunal de apelação, em razão da autoridade da decisão condenatória, após cumprido o duplo grau de jurisdição, observado o devido processo legal (contraditório e ampla defesa) e sem demonstrar a necessidade da custódia.

Ante o exposto, conheço, em parte, da impetração e, nesta parte, **denego a ordem**. Acompanho, pois, o eminente Relator.

Brasília, 06 de março de 2018.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA