

HABEAS CORPUS 140.213 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : GERSINO DONIZETE DO PRADO
IMPTE.(S) : MARCO AURELIO PINTO FLORENCIO FILHO E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS. PENAL E
PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE
CONCUSSÃO. ARTIGO 316 DO
CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO
EXTRAORDINÁRIO.**

**INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF,
ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO.
PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO
DE NULIDADES PROCESSUAIS.
REVOLVIMENTO DO CONJUNTO
FÁTICO-PROBATÓRIO.**

**INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA.
AUSÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO.
SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
IMPOSSIBILIDADE. 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, ABUSO DE PODER OU**

HC 140213 / SP

**FLAGRANTE ILEGALIDADE.
APLICABILIDADE DO
ENTENDIMENTO FIRMADO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA
925.**

- Seguimento negado, com esteio no artigo 21, § 1º do RISTF. Prejudicado o exame do pedido de liminar.
- Ciência ao Ministério Público Federal.

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado contra eventual decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de se determinar a execução provisória da pena, em razão de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que recebeu os recursos especial e extraordinário interpostos sem, contudo, conferir-lhes efeito suspensivo.

Colhe-se dos autos a informação de que o paciente foi condenado pela prática de diversos crimes de concussão (cento e setenta vezes), condutas tipificadas no artigo 316 do Código Penal, à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs embargos de declaração, os quais restaram rejeitados. Ato contínuo, houve a interposição de recursos especial e extraordinário dirigidos, respectivamente, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Nenhum dos recursos dirigidos à superior instância foi recebido com efeito suspensivo.

Informa que *“uma vez que o Subprocurador-Geral da República requereu a execução da pena ilegalmente imposta ao Dr. Gersino Donizete Do Prado, demonstrada pelo recebimento integral dos Recursos Especial e Extraordinário interpostos; e, ainda, pelo fato de não ter, o Paciente, direito ao duplo grau de jurisdição, é o presente writ para garantir a sua liberdade, com base nos artigos 5º, incisos XLVI, LIV, LV, LVII, da Constituição Federal; 283, do Código de*

HC 140213 / SP

Processo Penal; 49, 59, 60, 68, do Código Penal, e art. 8º, item 2, alínea “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos”.

Ato contínuo, impetrou-se este *habeas corpus* preventivo perante esta Corte com o objetivo de impedir a execução provisória da pena nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC 126.292. A Corte, contudo, indeferiu o pedido.

No presente *writ*, a defesa alega, em síntese, a existência de constrangimento ilegal consubstanciado na inobservância da determinação constante da decisão condenatória no sentido da imprescindibilidade do trânsito em julgado para que se expeça o mandado de prisão, bem como na inocorrência, *in casu* de observância do princípio do duplo grau de jurisdição. Aduz que “*a condenação do Paciente se deu em instância única, uma vez que este, Magistrado do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, possui foro por prerrogativa de função, nos termos do disposto no artigo 96, inciso III, da Constituição Federal 2. Logo, não foi assegurado ao Paciente o direito ao duplo grau de jurisdição*”. Entende que a execução provisória da pena após a condenação e antes do trânsito em julgado, no caso concreto, viola o princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

Sustenta, ainda, a inaplicabilidade dos precedentes firmados no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 126.292 e ADCs 43 e 44 ao presente caso, porquanto o entendimento teria sido firmado para casos em que houvesse julgamento em primeiro e segundo graus. Argumenta a tese da irretroatividade do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal.

Advoga pelo reconhecimento de nulidade processual consistente em “*ilegal e imotivada delegação de toda a instrução e do interrogatório*”. Aponta, ainda, que o ato de delegação teria violado três aspectos fundamentais: “*i) delegação de toda a instrução e não de atos instrutórios; ii) delegação de instrução para Desembargador de mesma hierarquia e competência territorial, o que retira, decerto, o fundamento da delegação e demonstra a parcialidade que se pretendeu atribuir ao julgamento no presente caso; e iii) delegação da instrução para Desembargador determinado, sem observância à regra do sorteio em clara violação ao que fora consignado na paradigmática Ação Penal n.º 470*”,

HC 140213 / SP

alegando, também, suposta parcialidade do relator do acórdão condenatório, bem como a inépcia da denúncia e ilegalidade na dosimetria da pena.

Ao final, formula pedido nos seguintes termos:

“Ante todo o exposto, esperam os Impetrantes: i) seja deferida a medida liminar, concedendo efeito suspensivo aos Recursos Especial n.º 1530264/SP e Extraordinário interpostos em 13 de fevereiro de 2015, nos autos da Ação Penal n.º 0146570-72.2011.8.26.0000, que tramitou no Colendo Órgão Especial do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, para que seja facultado ao Paciente aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, até o julgamento colegiado deste Writ ; e ii) NO MÉRITO, com fulcro nos artigos 564, incisos I e IV; e 648, inciso I, todos do Código de Processo Penal, seja concedida a ordem para que a prisão em face do Dr. GERSINO DONIZETE DO PRADO não seja decretada nos autos do Recurso Especial n.º 1530264/SP, com a consequente manutenção de sua liberdade até o trânsito em julgado da decisão, pois: ii.a) inaplicável o novo entendimento estabelecido por este Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, recentemente confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, notadamente porque não foi respeitado o duplo grau de jurisdição, observando-se que o Paciente fora julgado em instância única; ii.b) inaplicável o novo entendimento estabelecido por este Eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, recentemente confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, evidentemente porque, conforme exposto, os Ministros não foram taxativos em determinar a prisão de todos aqueles julgados e condenados por Tribunais Estaduais ou Federais, mas somente nos casos de interposição de recursos protelatórios, o que não se verifica no caso em tela, haja vista terem sido os Recursos Constitucionais interpostos pelo Paciente recebidos direta e integralmente pelo Em. Presidente do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo; ii.c) demonstrou-se uma infinidade de ilegalidades impostas ao Paciente, o que, sem dúvidas, acarretará no provimento

HC 140213 / SP

dos recursos especial e extraordinários interpostos, para os quais pleiteia-se a concessão de efeito suspensivo; ii.d) irretroativos efeitos do precedente fixado por esta Eg. Corte Superior no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, utilizado como único subsídio para a decretação da prisão do Paciente; ii.e) demonstrou-se a possibilidade, admitida pela jurisprudência e doutrina, da concessão de efeito suspensivo aos Recursos Especial e Extraordinário”

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da ação.

É o relatório, **DECIDO**.

Preliminarmente, verifica-se que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição Federal, verbis:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

...

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

In casu, o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses

HC 140213 / SP

sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgR, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, Dje de 1º/10/99, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

“PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares),

HC 140213 / SP

mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.”

Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados - Súmula Vinculante e Repercussão Geral - com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio, no voto proferido no HC 110.055/MG, que capitaneou a mudança de entendimento na Primeira Turma, verbis:

“Essa óptica há de ser observada, também, no que o acórdão impugnado foi formalizado pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário constitucional em habeas corpus.

De duas, uma: ou há, no acórdão proferido, quadro a ensejar a interposição de recurso extraordinário, ou não há. Descabe a volta a estágio anterior, que é o do ajuizamento originário do habeas corpus.

HC 140213 / SP

No mais, ante os parâmetros fáticos e legais, não existe campo para a concessão da ordem de ofício. Extingo o processo sem o julgamento do mérito” (HC 110.055/MG, Primeira Turma, DJe de 9/11/12)

No mesmo sentido, firmou-se o entendimento da Primeira Turma desta Corte no sentido da inadmissibilidade da utilização do *habeas corpus* como substitutivo de recurso extraordinário, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

“Habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. Writ extinto, em face da inadequação da via eleita. 1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus em casos como esse. 2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se evidencia na espécie. 3. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita.” (HC 113.805/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 15/4/2013)

“HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. QUADRILHA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional não cabe, em decorrência, a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. Havendo condenação criminal, encontram-se

HC 140213 / SP

presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, ou seja, um juízo efetuado, com base em cognição profunda e exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica através de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento. 3. Se as circunstâncias concretas do crime indicam o envolvimento do paciente em organização criminosa numerosa, bem estruturada, voltada à prática de crimes graves, tais como, tráfico de drogas, roubo de cargas, furtos de caixas eletrônicos, aquisição de armas, a periculosidade e risco de reiteração delitiva está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, à luz do art. 312 do CPP. Precedentes. 4. Ordem denegada.” (HC 118.981/MT, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 19/11/2013)

De outro lado, malgrado o enunciado da Súmula 691 desta Corte tenha sido superado nos casos de patente ilegalidade ou abuso de poder na denegação da tutela pretendida, não há, na espécie, qualquer teratologia que autorize o conhecimento deste *habeas corpus per saltum*, porquanto não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal.

A propósito, o Tribunal de origem, ao dar prosseguimento aos recursos interpostos pela defesa assentou, *in verbis*:

“Por estes fundamentos, recebo os recursos extraordinário e especial, determinando o seu encaminhamento ao colendo Superior Tribunal de Justiça (art. 543, caput, do Código de Processo Civil).”

Deveras, não há notícias sequer de indeferimento da concessão de efeito suspensivo aos recursos da defesa. Ainda que assim o fosse, o caso dos autos não é apto a atrair a competência originária desta Corte para conhecer e julgar o feito, porquanto o ato da autoridade coatora - decisão

HC 140213 / SP

da presidência do tribunal de origem que recebeu os recursos extraordinário e especial sem efeito suspensivo -, não se sujeita diretamente à atuação do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. AUTORIDADE COATORA CUJOS ATOS NÃO SE SUJEITAM DIRETAMENTE À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. COMPETÊNCIA DECLINADA. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar habeas corpus é determinada constitucionalmente em razão do paciente ou da autoridade indigitada coatora (art. 102, inc. I, al. i, da Constituição da República). No rol constitucionalmente definido não se inclui a atribuição deste Supremo Tribunal para processar e julgar originariamente habeas corpus no qual figure como autoridade coatora juiz de direito. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento, com a determinação de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para as providências jurídicas cabíveis. (HC 137.289-AgR, Tribunal Pleno, DJe de 03/02/2017)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. AUTORIDADE COATORA CUJOS ATOS NÃO SE SUJEITAM DIRETAMENTE À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. COMPETÊNCIA DECLINADA. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar habeas corpus é determinada constitucionalmente em razão do paciente ou da autoridade indigitada coatora (art. 102, inc. I, al. i, da Constituição da República). No rol constitucionalmente definido não se inclui a atribuição deste Supremo Tribunal para processar e julgar originariamente habeas corpus no qual figure como autoridade coatora Tribunal de Justiça estadual. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento, com a determinação de remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para as providências jurídicas cabíveis.” (HC 134.461-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de

HC 140213 / SP

05/12/2016)

De outro lado, na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo da interposição dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, a parte que intentasse obter efeito suspensivo, deveria formular o requerimento, por meio de ação cautelar, perante a instância *a quo*, caso ausente o juízo de admissibilidade do recurso destinado à corte competente ou, perante o órgão *ad quem*, na hipótese de já terem sido examinados os pressupostos recursais pelo Tribunal de origem. Esta é a exegese extraída dos enunciados 634 e 635 da súmula desta Corte. Nessa linha, *in litteris*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CAUTELAR. PROBABILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RETIDO NA ORIGEM NÃO VERIFICADA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ADMISSIBILIDADE DO APELO EXTREMO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA APRECIAR A AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL. ART. 880 DO CPC. SÚMULAS 634 E 635 DO STF. 1. Ausente firme probabilidade de êxito do recurso extraordinário retido, notadamente em face da Súmula 735 deste Supremo Tribunal, não há como dar guarida à pretensão cautelar deduzida pelo autor. 2. Relativamente ao pedido de concessão de efeito suspensivo ao apelo extremo, a decisão agravada foi exarada em estrita consonância com a jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte, sedimentada nas Súmulas 634 e 635, no sentido de que, ainda não examinada, pela Corte de origem, a admissibilidade do recurso extraordinário interposto no processo principal, sequer resulta instaurada a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental conhecido e não provido.” (AC 2.678-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 07/04/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE JUÍZO DE

HC 140213 / SP

ADMISSIBILIDADE PELO JUÍZO A QUO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (AC 3.767-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 10/03/2015)

Assim, realizado o juízo de admissibilidade recursal pela Corte Local, o efeito suspensivo ao recurso especial deve ser requerido diretamente ao Superior Tribunal de Justiça, pelo mecanismo judicial adequado, não sendo o *habeas corpus* impetrado perante o Supremo Tribunal Federal a via possível, máxime quando inexistente ato coator, como sucede na espécie.

Atualmente, o artigo 1.029 do Código de Processo Civil, estabelece, em seu § 5º, na redação conferida pela Lei nº 13.256/16, uma sistemática diferente, qual seja, *ad litteram*:

“Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.”

A propósito, vale a transcrição de trecho do parecer elaborado pela

HC 140213 / SP

Procuradoria-Geral da República, *in litteris*:

“Conforme precedentes dessa Suprema Corte, interpostos e admitidos os recursos especial e extraordinário, concomitantemente, cabe ao Superior Tribunal de Justiça analisar o pedido de efeito suspensivo do recurso em tramitação naquela corte, pois não instaurada a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, sendo, então, inadmissível a ingerência sobre o feito em tramitação em outro Tribunal): “quando a parte requerente houver manejado recurso especial simultaneamente ao extraordinário, e ambos houverem sido admitidos. Entendo imperiosa a necessidade de prestigiarmos o exaurimento das instâncias e a organicidade do sistemas, postergando para após a decisão final do RESP – quando, só então, estará efetivamente em apreciação o RE – a competência cautelar deste Tribunal.”(AC nº 639-QO/SP, rel. Ellen Gracie, DJ 17.02.2006. No mesmo sentido: “a interposição concomitante dos recursos especial e extraordinário, que confere, a rigor, primeiramente ao Superior Tribunal de Justiça a deliberação acerca da suspensão dos efeitos do acórdão recorrido até que sobrevenha o julgamento final do agravo interposto com a finalidade de destrancar o recurso especial ou, ainda, do próprio recurso especial.” (AC nº 3683 AgR/MG, rel. Min. Rosa Weber, DJe 28.10.2014)”

Por outro lado, no que concerne às supostas nulidades processuais suscitadas, cumpre ressaltar que o paciente não formulou o respectivo pedido de declaração, tão somente agregando suas alegações como reforço argumentativo à causa de pedir, consoante se infere da leitura do pedido formulado, *verbis*:

Ante todo o exposto, esperam os Impetrantes: i) seja deferida a medida liminar, concedendo efeito suspensivo aos Recursos Especial n.º 1530264/SP e Extraordinário interpostos em 13 de fevereiro de 2015, nos autos da Ação Penal n.º 0146570-72.2011.8.26.0000, que tramitou no Colendo Órgão Especial do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, para que seja facultado ao Paciente aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, até o julgamento colegiado deste Writ; e ii) NO

HC 140213 / SP

MÉRITO, com fulcro nos artigos 564, incisos I e IV; e 648, inciso I, todos do Código de Processo Penal, seja concedida a ordem para que a prisão em face do Dr. GERSINO DONIZETE DO PRADO não seja decretada nos autos do Recurso Especial n.º 1530264/SP, com a consequente manutenção de sua liberdade até o trânsito em julgado da decisão, pois: ii.a) inaplicável o novo entendimento estabelecido por este Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, recentemente confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, notadamente porque não foi respeitado o duplo grau de jurisdição, observando-se que o Paciente fora julgado em instância única; ii.b) inaplicável o novo entendimento estabelecido por este Eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, recentemente confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, evidentemente porque, conforme exposto, os Ministros não foram taxativos em determinar a prisão de todos aqueles julgados e condenados por Tribunais Estaduais ou Federais, mas somente nos casos de interposição de recursos protelatórios, o que não se verifica no caso em tela, haja vista terem sido os Recursos Constitucionais interpostos pelo Paciente recebidos direta e integralmente pelo Em. Presidente do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo; ii.c) demonstrou-se uma infinidade de ilegalidades impostas ao Paciente, o que, sem dúvidas, acarretará no provimento dos recursos especial e extraordinários interpostos, para os quais pleiteia-se a concessão de efeito suspensivo; ii.d) irretroativos efeitos do precedente fixado por esta Eg. Corte Superior no julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP, utilizado como único subsídio para a decretação da prisão do Paciente; ii.e) demonstrou-se a possibilidade, admitida pela jurisprudência e doutrina, da concessão de efeito suspensivo aos Recursos Especial e Extraordinário, como medida da mais lúdima J U S T I Ç A ! ”

Deveras, diante da procedência da ação criminal originária, a aferição da efetiva ocorrência, ou não, das “irregularidades” aduzidas - i) ilegal e imotivada delegação de toda a instrução e do interrogatório; ii)

HC 140213 / SP

“indiscutível parcialidade do Relator do acórdão condenatório”; iii) “inépcia da denúncia”; e iv) “ilegalidade na dosimetria da pena”-, demanda o incursionamento nos fatos e provas produzidas. Nesse contexto, cumpre ressaltar que o *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. Destarte, não se revela cognoscível a insurgência que não se amolda à estreita via eleita. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS . PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 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. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZADA. CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”
(HC nº 130.439, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 12/05/2016)

*“Recurso ordinário em habeas corpus. Denúnciação caluniosa (art. 339, c/c o art. 29, CP). Advogado. Exercício do mandato. Coautoria. Admissibilidade. Precedente. Ação penal. Trancamento. Descabimento. Denúncia lastreada em provas idôneas. Desnecessidade de conclusão do inquérito policial para a formação da opinio delicti do Ministério Público. **Impossibilidade de se revolverem fatos e provas em sede de habeas corpus para aferição de justa causa.** Denúncia. Inépcia. Não ocorrência. Descrição mínima dos fatos e de suas circunstâncias. Inexistência de ilegalidade flagrante. Recurso não provido. 1. O trancamento da ação penal em habeas corpus é medida*

HC 140213 / SP

excepcional, a ser aplicada somente quando constatada, de plano e manifestamente: i) a inépcia da denúncia; ii) a atipicidade da conduta; iii) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou iv) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade.

2. Na espécie, a denúncia encontra lastro razoável nas provas dos autos e descreve suficientemente o fato criminoso e suas circunstâncias, que, em tese, se subsumem no crime descrito no art. 339, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, de modo a possibilitar ao recorrente o amplo exercício do direito de defesa.

3. Diversamente do que sustenta o recorrente, não há necessidade de exaurimento das diligências no inquérito policial para a formação da opinio delicti do Ministério Público.

4. Independentemente da conclusão do inquérito com o relatório da autoridade policial, poderá o Ministério Público, em face das diligências já realizadas, oferecer denúncia.

5. Não há como, na via estreita do habeas corpus, proceder-se ao revolvimento do conjunto fático-probatório para se aferir a presença ou não da justa causa.

6. Cuida-se de questão fática a ser deslindada em regular instrução processual, perante o juízo natural, sob o crivo do contraditório.

7. O advogado, mesmo no exercício do mandato, em tese, pode ser coautor do crime de denunciação caluniosa. Precedente.

8. O habeas corpus não é a via adequada para dirimir controvérsia a respeito da existência ou não de dolo. Precedente.

9. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “a fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal” (Inq nº 4.022/AP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 22/9/15).

10. Recurso ao qual se nega provimento.” (RHC 129.043, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 26/10/2016)

HABEAS CORPUS. SUSPEIÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE QUAISQUER INDÍCIOS NOS AUTOS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A

HC 140213 / SP

alegação de suspeição do juízo a que foi distribuída a ação penal de origem não encontra qualquer respaldo nos autos. As afirmações negativas quanto à personalidade e à periculosidade do paciente foram feitas em informações prestadas ao Tribunal de Justiça local, acompanhadas da devida fundamentação. 2. Não constatados, nestes autos, indícios de parcialidade ou inimizade capital entre o magistrado e o paciente, impossível é o reconhecimento da alegada suspeição, que demandaria amplo revolvimento fático-probatório dos elementos contidos na ação penal de origem. 3. Ordem denegada.” (HC 93.721, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 13/02/2009)

Outrossim, ainda no que concerne ao exame das supostas nulidades acima mencionadas, o conhecimento deste ponto da impetração sem que a instância precedente tenha examinado as questões que lhe foram submetidas consubstancia indevida supressão de instância e, por conseguinte, violação das regras constitucionais definidoras da competência dos Tribunais Superiores, valendo conferir os seguintes precedentes desta Corte:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÕES NÃO CONHECIDAS PELO STJ. AUTORIDADE COATORA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA DO STF. NEGATIVA AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE FUNDAMENTADA. PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. EXCESSO DE PRAZO PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou acerca do regime prisional imposto ao paciente no que concerne ao crime de tráfico de drogas e da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 22, § 4º, da Lei 11.343/06. 2. No que diz respeito aos temas não abordados pela Corte Superior, a autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com efeito, não compete a esta Suprema Corte conhecer dessas matérias, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 3. A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi

HC 140213 / SP

preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal. 4. A alegação de excesso de prazo fica prejudicada pelo fim da instrução penal e pela prolação de sentença condenatória. Precedentes. 5. Writ conhecido em parte e denegado.” (HC nº 100.595, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 09/03/2011)

“HABEAS CORPUS. PEDIDO DE LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. O impetrante, embora também tenha requerido a liberdade do paciente, não apresentou qualquer fundamento para tanto. Simplesmente fez o pedido. Além disso, o STJ não se manifestou sobre a questão. Portanto, não há como o habeas corpus ser conhecido nesse ponto, sob pena de supressão de instância. Quanto ao pedido de fixação do regime prisional aberto ou semi-aberto, o TJSP, ao impor o regime fechado, considerou o fato de o paciente ser, de acordo com a sentença, “multi-reincidente”. Tal fundamento está em harmonia com o disposto nas alíneas “b” e “c” do § 2º do art. 33 do Código Penal, segundo as quais tanto o regime aberto, quanto o semi-aberto são reservados aos réus não reincidentes. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.” (HC nº 100.616, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 14/03/2011)

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA. JUÍZO DE ORIGEM. APRECIÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXAME PELO STF SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO JULGAMENTO DO MÉRITO DE WRIT PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXCESSO DE IMPETRAÇÕES NA CORTE SUPERIOR PENDENTES DE JULGAMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO QUE SE MOSTRA COMPREENSÍVEL. APOSENTADORIA DO RELATOR DOS FEITOS MANEJADOS

HC 140213 / SP

EM FAVOR DO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DETERMINAR SUA REDISTRIBUIÇÃO. I – O pedido de comutação da pena não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi sequer analisada pelo juízo de origem. Seu exame por esta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. II – O excesso de trabalho que assoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. Precedentes. III - A concessão da ordem para determinar o julgamento do writ na Corte a quo poderia redundar na injustiça de determinar-se que a impetração manejada em favor do paciente seja colocada em posição privilegiada com relação a de outros jurisdicionados. IV – Ordem concedida de ofício para determinar a redistribuição dos habeas corpus manejados no STJ em favor do paciente, em razão da aposentadoria do então Relator.” (HC nº 103.835, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 08/02/2011)

“Habeas corpus. Homicídio. Prisão ordenada independentemente de trânsito em julgado. Superveniência do trânsito em julgado. Writ prejudicado. Fixação de regime inicialmente fechado. Questão não submetida ao crivo do STJ. Supressão de instância. Habeas corpus não conhecido. 1. Prejudicialidade do writ impetrado perante Tribunal Superior fundada em decisão liminar, precária e efêmera, obtida pelo paciente perante esta Suprema Corte inócurrenente. 2. Superveniência de trânsito em julgado da decisão condenatória, a ensejar o reconhecimento da prejudicialidade de ambas as impetrações. 3. A questão relativa à propriedade do regime prisional imposto ao paciente pela decisão condenatória não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, sob pena de configurar verdadeira supressão de instância. Precedentes. 4. Writ não conhecido.” (HC nº 98.616/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 22/02/2011)

No que tange à possibilidade de execução provisória da condenação

HC 140213 / SP

antes do trânsito em julgado, consigno que em julgamento realizado em 05/10/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir, por maioria, as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n^{os} 43 e 44, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e antes do efetivo trânsito em julgado do processo.

Entendeu-se que o referido dispositivo não impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, porquanto se deve buscar garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, na qualidade de princípio e não de regra, é passível de ponderação com outros princípios e valores constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime em sede de segundo grau de jurisdição, no que encerra um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. Nesse sentido, transcrevo a ementa do HC 126.292, julgado pelo Tribunal Pleno:

“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, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/05/2016)

O referido entendimento foi reafirmado recentemente no julgamento do ARE 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida, tema 925. Na

HC 140213 / SP

oportunidade, o Plenário Virtual desta Corte fixou a tese 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”.

No ponto consigno que ambas as turmas desta Corte adotam a orientação firmada pelo Tribunal Pleno, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício na decisão que, amoldando-se a precedente desta Corte, implementa a execução provisória da pena na pendência de julgamento de recursos excepcionais. 3. Agravo regimental desprovido.” (HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016)

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Homicídio culposo por acidente de trânsito (art. 302, parágrafo único, incisos II e III e art. 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro). 3. Suspensão da habilitação para dirigir aos condenados em homicídio culposo. Repercussão geral reconhecida no RE 607.107/MG. Pendência de julgamento. 4. Trânsito em julgado em relação às outras penas aplicadas. Execução provisória da pena. O Plenário, em recente julgamento do HC 126.292/SP, relatoria do Min. Teori Zavascki (Ata nº 2, DJe 19.2.2016), firmou entendimento no sentido de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser

HC 140213 / SP

executada na pendência do recurso. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016)

Além disso, no que concerne ao argumento da suposta caracterização de *reformatio in pejus* decorrente da necessidade do trânsito em julgado para a constrição da liberdade do recorrente, há que ser feito um exame holístico. É dizer, deve-se realizar um juízo comparativo entre os comportamentos possíveis ao réu quando da publicação da decisão condenatória: *i)* pode o réu permanecer inerte ou *ii)* pode o réu recorrer. Dessa forma, ausente a interposição de recurso, invariavelmente o sistema de preclusões processuais leva ao trânsito em julgado do *decisum* e à consecutória concretização da ordem de prisão condicionada à caracterização dessa situação. De outro lado, manejado o recurso cabível, a irresignação será levada ao conhecimento da instância superveniente e a pretensão recursal poderá ser, ou não, atendida.

Assim, a determinação da execução provisória da pena não conflita com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, porquanto a constrição da liberdade, neste momento processual, fundamenta-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, mercê do restrito espectro de cognoscibilidade desses mecanismos de impugnação, bem como da atividade judicante desempenhada pelas instâncias ordinárias e não no agravamento da situação jurídica do réu. Por oportuno, quanto ao tema, vale a referência a trecho do voto condutor do acórdão proferido no HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, *in litteris*:

“Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação,

HC 140213 / SP

ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.”

Corroborando o acima disposto, assim se manifestou o Ministério Público, *in verbis*:

“7. Em relação à execução da pena, segundo o entendimento adotado pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal, esgotadas as instâncias ordinárias, é legítimo dar início à execução provisória da pena, sem que isso importe em ofensa à presunção de inocência. Nesse sentido, a tese fixada no julgamento do HC nº 126.292/SP e confirmada nas ADCs 43 e 44/DF: “O Plenário, em recente julgamento do HC 126.292/SP, relatoria do Min. Teori Zavascki (Ata nº 2, DJe 19.2.2016), firmou entendimento no sentido de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso. Precedentes.” (ARE nº 737.305 AgR/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10.8.2016); “o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente pronunciamento, reiterou o entendimento no sentido da possibilidade de execução provisória da pena. Refiro-me às medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, da relatoria do Min. Marco Aurélio.” (HC nº 137.716/DF, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 07.11.2016; no mesmo sentido: HC nº 137.849/ES, rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.10.2016; HC nº 130.709/CE, rel. Min.

HC 140213 / SP

Cármem Lúcia, DJe 16.6.2016); entre outros.

8. E essa orientação foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 11.11.2016, no julgamento da repercussão geral no ARE 964.246/SP, rel. Min. Teori Zavascki: “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”.

9. Finalmente, o fato de o paciente ter sido condenado em ação penal originária não escapa ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. O que vale destacar é que, esgotadas as instâncias ordinárias, e já preclusa a questão de fato, os supervenientes recursos constitucionais são, em regra, destituídos de efeito suspensivo. Isso vale tanto para as ações originárias como para os casos em que, na apelação, o Tribunal de Justiça reforma a sentença de primeiro grau. Ou seja, pouco importa que o tribunal profira condenação em ação originária, ou confirme a condenação de primeiro grau, ou reforme a sentença absolutória, ou agrave a pena imposta na sentença. Em todos esses casos, o esgotamento da instância ordinária dá ensejo à formação do título para a execução provisória.”

Cumprе ressaltar que o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Com efeito, acaso fosse essa a intenção, a hipótese restaria encartada no inciso LXI do mesmo dispositivo constitucional, o qual trata dos casos de prisão. Releva notar, ainda, a premente a necessidade de se dar efetividade à Justiça.

Impende considerar, ainda, nada obstante a previsão do princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92, art. 8º, § 2º, "h"), a existência de precedentes os quais sufragam o entendimento de que o direito ao duplo grau de jurisdição, embora reconhecido, não tem garantida, pelo ordenamento pátrio, sua aplicação indistintamente a

HC 140213 / SP

qualquer ação, porquanto não se “dispensa a necessidade de que sejam observados os requisitos impostos pela legislação para o cabimento de um recurso, qualquer que seja ele”. Nesse sentido, trago à colação:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. REQUISITO OBJETIVO DE ADMISSIBILIDADE. REGRA DO ART. 333, I, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPUGNAÇÃO DAS PENAS. INADMISSIBILIDADE. CABIMENTO DO RECURSO APENAS QUANTO AO JUÍZO DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PENAL, QUANDO EXISTENTES, NO MÍNIMO, QUATRO VOTOS ABSOLUTÓRIOS. CONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE AMPLIAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL DE CABIMENTO. INCOMPETÊNCIA DO STF PARA LEGISLAR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. É manifestamente incabível a interposição de embargos infringentes sem que existam, no mínimo, quatro votos absolutórios, como estabelecido no artigo 333, I, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. O agravante, em nenhuma das condenações objeto do presente recurso, atende a esse requisito legal de cabimento dos embargos infringentes. A pretensão do agravante de ver suprimida a expressão “sessão secreta”, para permitir os embargos infringentes em todos os julgamentos criminais, independentemente do quórum de votos vencidos, já foi rejeitada por esta Corte no julgamento de agravo regimental interposto por corréu nesta mesma ação penal. O número de votos absolutórios exigidos pelo regimento para o cabimento dos Embargos Infringentes é objetivo, inexistindo qualquer exceção ou mitigação, com base, por exemplo, no número de ministros votantes presentes à sessão de julgamento cujo acórdão se pretende impugnar. O direito ao duplo grau de jurisdição não dispensa a necessidade de que sejam observados os requisitos impostos pela legislação para o cabimento de um recurso, qualquer que seja ele. É a lei que cria o recurso cabível contra as decisões e estabelece os requisitos que autorizam a sua interposição,

HC 140213 / SP

ausente previsão de recurso ex officio ou reexame obrigatório, independentemente do preenchimento dos pressupostos recursais específicos. Agravo regimental desprovido.” (AP 470 EIdécimos quintos-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 03/11/2014)

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O

HC 140213 / SP

agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido.” (AI 601.832-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 03/04/2009)

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. PREFEITO. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. CONCURSO FORMAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REGIME PRISIONAL. DIREITO SUBJETIVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INDULTO. CRIME CONTINUADO. PENAS ALTERNATIVAS. CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO. 1. Depois de instaurada a ação penal, eventual vício ocorrido no inquérito policial não mais subsiste. A matéria preclui. 2. As nulidades ocorridas até o interrogatório devem ser argüidas na defesa prévia. Proferida a sentença condenatória não cabe mais a alegação de inépcia da denúncia. O alvo de eventual nulidade passa a ser a sentença. 3. O reconhecimento da existência ou inexistência do concurso formal, depende de reexame de prova. Inviável em HABEAS. 4. No ordenamento jurídico-brasileiro não existe a garantia do duplo grau de jurisdição. A Constituição concede aos Prefeitos foro especial por prerrogativa de função. Determina que sejam julgados originariamente pelo Tribunal de Justiça (CF, art. 29, X). 5. É possível ao condenado à pena superior a 04 anos e não excedente a 08, desde que não reincidente, cumprir a pena em regime inicial semi-aberto (CP, art. 33, § 2º, b). Não se trata, porém, de direito subjetivo. O Juiz deve observar os critérios do CP, art. 59. Inviável em HABEAS. 6. O pedido de indulto deve ser formulado no Juízo da execução penal. O reconhecimento do crime continuado implica em reexame de prova. Inviável em HC. 7. Para a concessão de penas alternativas o agente não pode ter sido condenado à pena superior a 04 anos de reclusão. Ou qualquer que seja a pena se o crime for culposos. O recorrente foi condenado à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão. O crime não é

HC 140213 / SP

culposo. Nem pode ser reincidente em crime doloso. O paciente possui mais de uma condenação. Não cabe HABEAS contra decisão condenatória transitada em julgado. Negado provimento.” (RHC 80.919, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 14/09/2001)

Deveras, sempre que o texto constitucional estabelece hipóteses de competência originária, também prevê recurso ordinário dessas decisões ou, *a contrario sensu*, não o tendo estabelecido, como sucede na hipótese, é porque o proibiu, à luz do princípio da taxatividade recursal. Assim, *a fortiori*, em se tratando de julgamento originário por corte local ou regional, à mingua de previsão de recurso dirigido às instâncias superiores, cuja devolutividade abranja o exame, ao menos em tese, de aspectos fático-probatórios, como sói ocorre no recurso ordinário constitucional, não pode o Poder Judiciário, ao argumento de perfectibilização do duplo grau de jurisdição em sua visão tradicional, criar, fora dos mecanismos legalmente previstos, obstáculo à execução provisória da pena na hipótese de condenação penal de autoridade sujeita ao foro por prerrogativa de função, sob pena de arvorar-se da condição de legislador positivo, criando distinções não estatuídas na legislação. Portanto, *in casu*, “segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada”. Nessa linha, trago à colação a ementa do emblemático RHC 79.785, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23/11/2002)

“I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional,

HC 140213 / SP

tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às

HC 140213 / SP

convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.” [grifei]

Com efeito, a garantia do foro por prerrogativa de função não pode se converter em uma dupla garantia, consubstanciada no julgamento perante Tribunal, inerente ao foro *ratione muneris* e, concomitantemente, na inviabilidade de execução provisória da pena imposta ao paciente detentor do foro. Assim, a hermenêutica constitucional impõe o exame da legislação à luz da Constituição, máxime se considerada *a ratio decidendi*

HC 140213 / SP

dos precedentes que afirmam o entendimento que o paciente procura desconstruir. Neste contexto, forçoso concluir, portanto, que o fundamento das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a este tema, reside no caráter soberano da decisão do órgão local o qual, à luz dos fatos e provas levados ao seu conhecimento, concluiu, em cognição exauriente, pela procedência da pretensão punitiva estatal, bem como na inviabilidade do exame de fatos e provas nos mecanismos de impugnação dirigidos aos Tribunais Superiores. Dessa forma, o que legitima a execução provisória da pena é a decisão colegiada do Tribunal local que examina, em toda a sua amplitude, a pretensão do órgão acusador, e não a necessidade de confirmação da sentença condenatória por mais de um órgão jurisdicional.

Nesse diapasão, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, ainda pendente de publicação, proferido na oportunidade do julgamento da medida cautelar na ADC 43:

“35. Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

36. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na

HC 140213 / SP

prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

37. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

38. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica todos com status constitucional. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendi que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem e justificam a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado [...]"

Por fim, não há que se falar em *"irretroatividade dos efeitos do precedente fixado no julgamento do habeas corpus n.º 126.292"* pelas seguintes razões: *i)* não se cuida discussão em torno da aplicação de normas penais, circunstância que afasta, *per se*, a conclusão a que chegou a defesa no sentido da busca *"da segurança jurídica através da irretroatividade da lei*

HC 140213 / SP

penal", ii) O referido entendimento já foi adotado por este Supremo Tribunal, inclusive, era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo sob vigência da Constituição Federal de 1988 (nesse sentido: HC 74.983, Tribunal Pleno, DJ de 29/08/1997, HC 72.077, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16/06/95, HC 69.176, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, HC 68.726, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 20/11/1992), inexistindo novidade na conclusão a que chegou esta Corte no Julgamento do HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki e iii) ainda que se entendesse pela possibilidade de discutir sobre a retroatividade, ou não, de norma penal, a conclusão a que chegou este Supremo Tribunal Federal é de índole marcadamente processual, porquanto assenta-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos de índole extraordinária, bem como na impossibilidade de incursão em matéria fática em sede do exame desses instrumentos de impugnação de decisões judiciais.

Ex positis, **NEGO SEGUIMENTO** ao *habeas corpus*, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF, restando revogada a liminar anteriormente concedida.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Int..

Brasília, 15 de março de 2017.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente