

## HC/152856 - HABEAS CORPUS

Classe: HC Procedência: DISTRITO FEDERAL Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI Partes PACTE.(S) - R.C.C. IMPTE.(S) - ANDERSON DE SOUZA REIS COATOR(A/S)(ES) - RELATOR DO HC Nº 432.001 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de R.C.C, contra decisão da Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pleito cautelar no HC 432.001/RJ (documento eletrônico 4).

Consta do *decisum* combatido que o paciente foi “[...] condenado, em primeiro grau, à pena de 10 anos e 06 meses reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A [estupro de vulnerável] do Código Penal” (sítio eletrônico do STJ).

Os impetrantes alegam que

“[o] Recorrente foi denunciado no processo nº 0060524-67.2014.8.19.0001 por supostamente ter mantido contato sexual através de atos de carícias, sem violência real, com uma menor no período compreendido entre os anos de 2007 e 2013, no interior do imóvel situado à Rua Paissandu, nº 209, apto. 1403, Flamengo, e outros locais, segundo descrito pela Acusação.

O Ministério Público requereu a prisão preventiva do Paciente, mas o pedido foi negado nos seguintes termos:

‘Em que pesem as razões expostas na manifestação ministerial de fls. 37/38, entendo que não se encontram presentes os requisitos necessários à decretação da medida cautelar excepcional de prisão, visto que o denunciado mantém endereço certo, sendo localizado em sua residência, inclusive, foi citado e apresentou resposta à acusação, às fls. 60/72.

Há de se afirmar, em que pese o entendimento do Ministério Público, que é necessário haver prudência quanto à decretação da custódia cautelar do acusado, pessoa que tem folha de antecedentes criminais sem outras anotações criminais, exceto com relação à presente ação penal. No caso dos autos, a meu sentir não se encontram

presentes os requisitos necessários à segregação da ré, não se podendo olvidar que a liberdade é a regra e a prisão à exceção.

Por estes motivos, com esteio no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal e 315 do CPP, INDEFIRO o pedido de prisão preventiva formulado em desfavor do acusado R.C.C. Entretanto, condiciono a liberdade do réu ao cumprimento de medidas cautelares previstas no art. 319, I e IV, do CPP, abaixo descritas, que se afiguram necessárias e adequadas ao presente caso’.

Ao fim da instrução, com base apenas no depoimento da menor, o Juiz de piso condenou o Recorrente nas penas do artigo 217-A com o aumento de pena do art. 71, ambos, do Código Penal Brasileiro. A pena base foi fixada acima do mínimo legal, totalizando 9 anos de reclusão, para cada delito. Em seguida, a pena base foi majorada em 1/6 - 1 ano e 6 meses - ao aplicar a regra do artigo 71 do Código Penal Brasileiro. Ao fim, aplicou o regime fechado para o início de cumprimento da pena. Na mesma sentença o Juiz não vislumbrou qualquer motivo para decretar uma prisão cautelar em desfavor do Paciente, sob as seguintes palavras:

‘O acusado respondeu ao processo em liberdade e compareceu regularmente a todos os atos processuais, inexistindo, por ora, qualquer razão para decretar a custódia cautelar. Poderá, assim, recorrer solto’.

O Ministério Público e o Assistente de Acusação não recorreram.

Inconformado, o Recorrente apelou, em causa própria, contra a sentença condenatória junto ao Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso por unanimidade, sob os seguintes fundamentos:

‘Por derradeiro, há de igualmente repercutir a recente decisão do Plenário do STF, a qual viabiliza a imediata execução do título condenatório, uma vez concluído o julgamento da apelação por parte deste Tribunal de Justiça (STF, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, HC 126292-SP, julg. em 17.02.2016; cf. tb. ADC’s 43 e 44, julg. em 05.10.2016; e ARE 964246, julg. em 10.11.2016).

### III – CONCLUSÃO:

Por todos esses fundamentos, dirijo meu voto no sentido de Por todos esses fundamentos, dirijo meu voto no sentido de CONHECER DO RECURSO, REJEITAR AS

PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, com expedição de mandado de prisão (após certificada a não interposição de embargos ou após concluído seu julgamento (nova orientação majoritária da Câmara) - validade do mandado 19.09.2033), mantidos todos os termos da r. sentença’.

Note-se que o recurso é exclusivo da defesa e, mesmo assim, fora decretada a prisão do paciente sem indicar qualquer necessidade concreta a justificá-la.

Relevante ressaltar que nessa decisão houve ao menos a preocupação de aguardar a interposição de embargos declaratórios.

Todavia, como o referido acórdão apresentou omissões relevantes para o contraditório e a ampla defesa do Recorrente, tempestivamente, apresentou-se embargos de declaração, os quais foram rejeitados e no mesmo acórdão decretada a prisão do Paciente: [...].

Em 04/12/2017, no mesmo dia em que o acórdão foi publicado, portanto em curso o prazo para interpor novos Embargos de Declaração contra a nova decisão, o Paciente foi recolhido ao cárcere, conforme consta no documento de fls. 1120/1122.

Por conseguinte, o Paciente precisou constituir advogado para continuar a sua defesa porque o cárcere, como se sabe, não permite que se continue a autodefesa. Em razão disso, os novos patronos pediram (fl. 1131) a devolução do prazo à Terceira Câmara Criminal que foi indeferido (fl 1134) sob a seguinte justificativa: [...].

Não obstante, a defesa protocolou os Recursos Especial e Extraordinário no último dia do prazo, onde mais uma vez requereu a sua devolução.

[...]

Assim, a referida prisão reveste-se de natureza cautelar, afastando-se do conceito de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, tecido no referido Tema 925 de Repercussão Geral” (págs. 2-6 do documento eletrônico 1).

Ao final, requerem:

“1 - A concessão de medida liminar a fim de revogar a

prisão decretada em desfavor do Paciente, sem imposição de outra cautelar. Entretanto, caso Vossa Excelência identifique a necessidade de aplicar medida cautelar protesta-se que a escolha recaia naquelas diversas da prisão, conforme artigos 318 e 319 do Código de Processo Penal.

2 - Devolver o prazo para interposição dos recursos, tendo em vista a falta de intimação válida do acórdão e a perda da capacidade processual do Paciente, na forma do artigo 564, III, a, do Código de Processo Penal e do artigo 313, I, do Código de Processo Civil, por analogia, respectivamente;

3 - Revogar a prisão cautelar decretada por falta de fundamentação porque foi determinada ainda na pendência de julgamento na segunda instância;

4 - Revogar a prisão cautelar decretada por violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que a decisão condenatória não transitou em julgado;

5 - Suspender a execução antecipada da pena, pois o Paciente interpôs Recursos Especial e Extraordinário e a decisão que decretou a prisão (a) limitou-se a referir-se ao precedente do STF, (b) foi tomada quando ainda era possível apresentar embargos de declaração e (c) incidiu em *reformatio in pejus*, pois tratou-se de recurso exclusivo da defesa e a sentença garantiu ao Paciente o direito de recorrer em liberdade sem qualquer impugnação do Ministério Público ou do Assistente de Acusação.

6 - No mérito, a confirmação da medida liminar, concedendo a ordem para cassar a referida decisão, devolvendo o prazo e assegurando a liberdade do Paciente. No entanto, sendo o caso de aplicação de medida cautelar, roga-se pela aplicação das medidas legais diversas de prisão” (págs. 18-19 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário. Decido.

O impetrante insurge-se contra decisão monocrática proferida pela Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pleito cautelar no HC 432.001/RJ (documento eletrônico 4).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal é forte no sentido de que a superação da Súmula 691 somente se justifica nos casos de flagrante teratologia, ilegalidade manifesta ou abuso de poder, situações nas quais

não se enquadra a decisão impugnada.

Ainda que em juízo de mera deliberação, não é possível aferir, no *decisum* questionado, situações aptas a justificar a superação do referido verbete. Infere-se, com efeito, que a Ministro Presidente do STJ, ao analisar a impetração, apreciou somente os requisitos autorizadores daquela excepcional medida e concluiu pela inexistência deles.

Não há nesse ato nenhuma ilegalidade flagrante, tampouco abuso de poder. Muito pelo contrário. Não se pode exigir, nesta fase processual, que o julgador esgote os fundamentos pelos quais a ordem deva ou não ser concedida. Se a argumentação do impetrante não foi suficiente para, a priori, convencer aquele magistrado, caberá ao colegiado respectivo, depois de instruído o processo, analisar as questões postas sob exame, não havendo nesse agir nenhum constrangimento ilegal.

Tal circunstância impede o exame do tema por este Supremo Tribunal, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal.

Verifico, contudo, tratar-se de caso de concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, de ofício, nos termos do que determina o art. 192, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

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

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

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

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

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.

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

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

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

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

Isso porque não se deve fazer política criminal em face da

Constituição, mas sim, com amparo nela.

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

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

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

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

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

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

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

“[antes] dela (da Lei nº 132.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.

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

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

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

Ademais, deve ser mencionado que a Lei de Execução Penal também exige, para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa é a inteligência do art. 105 combinado com o art. 107, *in verbis*:

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

execução.

[...]

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

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

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

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

Ademais, foi opção do constituinte de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Feito esses registros, transcrevo agora, por oportuno, o teor da decisão combatida:

“[...]

É o relatório inicial.

Passo a decidir o pedido urgente.

Preliminarmente, vale anotar que, a despeito do meu convencimento pessoal - em consonância, a propósito, com julgados do Supremo Tribunal Federal (RHC 119.149/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 06/04/2015; RHC

118.623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, 04/12/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012; v.g.) -, as Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra ato decisório do Tribunal a quo impugnável pela via do recurso especial (HC 162.282/MG, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe de 25/06/2015; HC 318.858/ES, Rel. Min. MARIA THEREZA, Sexta Turma, DJe de 18/06/2015; HC 314.011/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe de 23/06/2015; HC 313.786/PA, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 26/06/2015, v.g.).

No entanto, embora se trate de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o presente *writ* deve ser processado, diante da possibilidade, em tese, de se conceder a ordem, de ofício, caso seja constatada patente ilegalidade.

Na hipótese, não está presente o *fumus boni iuris* indispensável ao provimento de urgência.

A Defesa requer, em liminar, a expedição de contramandado de prisão em favor do Paciente, a fim de que aguarde em liberdade o julgamento do mérito.

No entanto, em juízo de cognição sumária e prelibatória, não reputo configurado um dos requisitos para o deferimento da medida urgente requerida, qual seja, o *fumus boni iuris*, pois, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246 RG/SP, julgado sob o regime de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de que ‘a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal’ (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado: [...].

Por fim, há que se ressaltar que o fato de o próprio Paciente ter atuado em sua defesa - quando foi expedido o mandado de prisão em seu desfavor - não veda a possibilidade da execução provisória da pena. Com efeito, como sabido, após o esgotamento das instâncias ordinárias, somente são cabíveis as insurgências de natureza extraordinária.

Na espécie, a jurisdição do Tribunal de origem já se

encontrava exaurida, pois a apelação criminal e os subsequentes embargos de declaração já haviam sido manejados e julgados. A insurgência referente à possibilidade de oposição de novos aclaratórios é, ao menos neste juízo prévio, desprovida de razoabilidade, uma vez que, nas razões do *writ*, não há qualquer menção a eventual vício no acórdão atacado que ensejaria o cabimento de embargos de declaração.

Assim, o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável no presente juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar” (documento eletrônico 4).

Essa decisão manteve os fundamentos do voto condutor proferido pelo Desembargador Carlos Eduardo Roboredo, Relator da Apelação Criminal 0060524-67.2014.8.19.0001 na 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Naquela oportunidade, o magistrado de segundo grau consignou, quanto ao cumprimento da reprimenda antes do trânsito em julgado, o seguinte:

“[...]

Por derradeiro, há de igualmente repercutir a recente decisão do Plenário do STF, a qual viabiliza a imediata execução do título condenatório, uma vez concluído o julgamento da apelação por parte deste Tribunal de Justiça (STF, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, HC 126.292/SP, julg. em 17/02/2016; cf. tb. ADC’s 43 e 44, julg. em 05/10/2016; e ARE 964.246, julg. em 10/11/2016).

Por todos esses fundamentos, dirijo meu voto no sentido de CONHECER DO RECURSO, REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, com expedição de mandado de prisão (após certificada a não interposição de embargos ou após concluído seu julgamento (nova orientação majoritária da Câmara) - validade do mandado 19/09/2033), mantidos todos os termos da r. sentença” (págs. 83-84 do documento eletrônico 4).

Conforme se verifica, essas decisões contêm apenas a remissão a

julgado deste Supremo Tribunal como argumento para decretar o início da execução da pena imposta ao paciente, não se afigurando, portanto, a meu sentir, revestidas de motivação hábil, sobretudo se contrastadas com o art. 5º, LXI, do texto constitucional, que assegura a todos o direito de não ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

E ainda que fosse o caso de se argumentar sobre o efeito vinculante resultante do julgamento do ARE 964.246/SP pelo Plenário desta Corte, em se tratando de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5º, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a situação particular do condenado.

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

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

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

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

jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

Registro, ainda, na oportunidade, que o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a possibilidade de execução antecipada da pena após a confirmação da condenação em segunda instância vem, em boa hora, sofrendo temperamentos, à luz do texto constitucional, seja sob a ótica do princípio da razoabilidade, em decisões prolatadas pelos mais distintos tribunais do País.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

‘7. É verdade que, na hipótese presente, como um dos réus tem foro especial por prerrogativa de função, a Ação Penal é de competência originária do TRF, inexistindo sentença de Juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Colegiado. No entanto, tal situação não afasta a aplicação do entendimento do STF, uma vez que está encerrada a análise fático-probatória da Ação Penal nº 37/PB, com condenação por Órgão Colegiado. Precedentes

do STJ’.

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

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

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

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

Desse modo, não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram o Código de Processo Penal – instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal – derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgão judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal, nela abrigado, em distintas ocasiões acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas – que fique claro – ao Pacto de São José da Costa Rica, dentre outras convenções internacionais de proteção aos direitos humanos”.

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

negou provimento ao recurso.

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

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

“Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)”.

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

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

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do

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

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

“Assentadas tais premissas, passo a examinar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual. E, ao fazê-lo, saliento que eminentes Ministros desta Corte, em diversos processos [...] têm concedido provimentos cautelares (ou, até mesmo, deferido o próprio *writ* constitucional) em situações como aquelas, por exemplo, em que Tribunais de inferior jurisdição, ao ordenarem a expedição de mandados de prisão, para efeito de ‘execução provisória’, (a) limitam-se a simplesmente mencionar, sem qualquer fundamentação idônea, os precedentes a que aludi logo no início desta decisão, ou (b) fazem-no sem que ainda tenha sido esgotada a jurisdição ordinária, pois pendentes de julgamento embargos de declaração ou embargos infringentes e de nulidade do julgado (CPP, art. 609, parágrafo único), ou, ainda, (c) determinam a imediata e antecipada efetivação executória de seu julgado com transgressão ao postulado que veda a *reformatio in pejus*, eis que a ordem de prisão é dada em recursos interpostos unicamente pelo réu condenado a quem se garantira, anteriormente, sem qualquer impugnação do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade a conclusão do processo.

O caso ora em análise parece ajustar-se às hipóteses sob (a) e (c), cabendo destacar, quanto a esse último aspecto, que a colenda Segunda Turma deste Tribunal, em 08/08/2017, iniciou o julgamento, suspenso por pedido de vista, de uma ação de *habeas corpus* (HC 136.720/PB), no qual já se formou maioria pela concessão da ordem, em que o eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, propôs o deferimento do *writ* precisamente em virtude de violação ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*, em situação na qual o Tribunal apontado como coator ordenou a imediata execução antecipada da pena,

fazendo-o, contudo, em recurso exclusivo do réu, a quem se assegurara, sem qualquer oposição recursal do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo, transgredindo-se, desse modo, postulado fundamental que conforma e condiciona a atuação do Poder Judiciário (HC 142.012-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI –HC 142.017-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.)” (grifos no original).

Ademais, menciono que, mesmo após o julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a execução provisória da pena, como pode ser visto nos HCs 144.712-MC/SP; 145.380-MS/SP; e 146.006-MC/PE.

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

“No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

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

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

dissemos que ela é obrigatória.

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

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

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

Destaco, por fim, que o juízo de primeiro grau concedeu ao paciente o direito de recorrer da sentença em liberdade:

“[...]”

O acusado respondeu ao processo em liberdade e compareceu regularmente a todos os atos processuais, inexistindo, por ora, qualquer razão para decretar a custódia cautelar. Poderá, assim, recorrer solto.

Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão, bem como CES à VEP e os demais ofícios de praxe, procedendo-se em seguida à baixa e ao arquivamento” (págs. 44-45 do documento eletrônico 2).

Desse fundamento da sentença, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ficou-se inerte.

Assim, verificando que essa situação se assemelha àquela tratada no HC 140.217/DF, bem como nos HC’s 135.951/DF, 142.012/DF e 142.017/DF, todos de minha relatoria, entendo que ocorreu a formação da coisa julgada do direito de o paciente recorrer em liberdade.

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

Isso posto, nego seguimento ao *writ* (art. 21, §1º do RISTF), mas,

tendo em conta que a conclusão a que chego neste *habeas corpus* em nada conflita com as decisões majoritárias desta Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, concedo parcialmente a ordem, de ofício (art. 192, *caput*, do RISTF), para que o paciente possa aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem prejuízo da manutenção ou fixação, pelo juízo processante, de uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.

Comunique-se com urgência.

Se necessário, expeça-se alvará de soltura clausulado.

Publique-se.

Brasília, 14 de março de 2018.

**Ministro Ricardo Lewandowski**

Relator