

HABEAS CORPUS 163.906 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : ALEXANDRE ALVES MORO
IMPTE.(S) : HEITOR RODRIGUES DE SOUZA LEAO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 474.647 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de Alexandre Alves Moro no qual aponta como autoridade coatora o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator do HC 474.647/MG, que indeferiu a liminar.

O impetrante alega, em suma, que o *writ*

“funda-se na violação da coisa julgada de parte da sentença condenatória que assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Como esse aspecto não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público, portanto, na segunda instância, o paciente tem direito de recorrer em liberdade, porquanto tal situação implica a formação da coisa julgada no ponto.

O recurso do *Parquet* foi parcialmente provido pelo STJ apenas para sanar erro material e restabelecer a pena do crime de associação para o tráfico fixada na sentença.

Entretanto, o Ministério Público entendeu haver razão para peticionar ao juízo de primeiro grau e requerer a prisão do paciente, no que foi atendido.

Com o devido respeito, não se pode agora, passados oito anos da r. sentença e de o Ministério Público ter permanecido inerte, ignorar referida determinação e pretender a imediata prisão do Paciente.

Vê-se, portanto, que a situação dos autos é teratológica, uma vez que, em decorrência de uma petição incidental do *Parquet*, o juízo utilizou-se de uma forma imprópria para modificar a fundamentação da sentença, valendo-se de expediente não agasalhado pela legislação processual penal, o que configura, *mutatis mutandis*, uma *reformatio in pejus*, vedada

HC 163906 / MG

pelo art. 617 do Código de Processo Penal” (págs. 10-11 do documento eletrônico 1).

Requer, ao final, o deferimento da liminar e, no mérito, a concessão definitiva da ordem “para que seja suspensa a execução da pena imposta ao paciente” (pág. 19 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário. Decido.

O impetrante se insurge contra decisão monocrática proferida por Ministro do STJ que, como visto, indeferiu o pleito cautelar no HC 474.647/MG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HC 163906 / MG

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

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

Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela.

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

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

Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juristas de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E

HC 163906 / MG

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

“[antes] dela (da Lei nº 12.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.

No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de,

excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.

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

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

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

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

[...]

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

Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos

HC 163906 / MG

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.

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

“Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE ALVES MORO contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (HC n. 1019230-16.2018.4.01.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado no dia 13/8/2010, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, c/c art. 40, I, bem como art. 35, todos da Lei de Drogas, tendo sido determinada a execução da pena imposta após o trânsito em

julgado dos autos (e-STJ fls. 63/73). No dia 19/6/2018, o Juiz Federal determinou o cumprimento de início de execução provisória da pena em desfavor do paciente, em atendimento a uma petição incidental do Parquet (e-STJ fls. 123/125).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, perante a Corte estadual. O Tribunal impetrado, contudo, denegou a ordem, *in verbis* (e-STJ fls. 28/29):

PROCESSUAL PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ARTIGOS 33 E 40 DA LEI 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA: FECHADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. MITIGAÇÃO. EXECUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.

1. O § 1º do art. 387 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/12, prevê que 'o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem, na espécie, não há razão legal para revogar a segregação cautelar e prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta' conceder liberdade provisória ao paciente.

2. No caso presente, o réu, ora paciente, foi condenado pelo cometimento dos delitos capitulados nos artigos 33, ; c/c 40, I e VI, *caput* ambos da Lei 11.343/2006, em concurso material de crimes, e em face da continuidade delitiva, ao cumprimento da pena total de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

3. A segregação cautelar não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, quando esta se dá com base na demonstração da presença de, pelo menos, um dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Não se afigura plausível a argumentação expendida no presente *writ* – ausência de fundamentação específica para a manutenção da prisão –, uma vez que, com a prolação da sentença, o magistrado a quo, fundamentadamente, entendeu pelo início de cumprimento da pena em regime fechado.

6. A pacífica e iterativa jurisprudência desta Terceira Turma trafega no sentido de que a necessidade de se obstar a reiteração delituosa de integrante de organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas justifica a decretação da prisão preventiva como forma de acautelar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal.

7. O entendimento jurisprudencial, quanto à manutenção da segregação cautelar, após a prolação de sentença, trafega no sentido de que 'não há falar em falta de fundamentação na decisão do Magistrado de primeiro grau que, ao proferir sentença condenatória, mantém a segregação antecipada da paciente, entendendo que persistiam os fundamentos anteriormente utilizados para justificar a prisão (STJ. RHC 74450MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornix, Dje de 1002/2017).

8. *In casu* o Juízo de origem agiu corretamente, tendo em vista que determinou a execução provisória da pena, enquanto se aguarda o desfecho do agravo de instrumento interposto pelo sentenciado, ora paciente.

9. 'Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial constitucional ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal'. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da

pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. Não se vislumbra, pois, nos limites de cognição deste habeas corpus, a ocorrência de flagrante ilegalidade na condenação imposta ao paciente, a justificar a suspensão da pena até o execução do trânsito em julgado da ação penal' (STJ. HC 409.036, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, e-DJF1 de 28/11/2017).

10. Nos termos da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça, a competência para decidir sobre questões afetas à execução da pena, incumbe ao Juízo Estadual da Vara de Execuções Penais.

11. Ordem de *habeas corpus* denegada.

Nesta oportunidade, a defesa reitera os fundamentos da impetração anterior.

Sustenta violação da Coisa Julgada e do princípio do *Reformation In Pejus*, porque o Juiz sentenciante havia assegurado ao réu o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado dos autos, não tendo sido tal parte objeto de recurso por parte do Ministério Público (e-STJ fls. 12/13).

Alega que o Tribunal inovou os fundamentos para manutenção da prisão do paciente, por ser providência vedada em sede de *habeas corpus* (e-STJ fl. 16).

Argumenta que não há motivos contemporâneos para a prisão preventiva, uma vez que decorreram mais de 10 anos após a data dos fatos (conduta perpetrada em julho de 2008, revogação da prisão preventiva em 2009 e prisão decretada novamente em junho de 2018), sem que o paciente tenha praticado nova conduta delitativa (e-STJ fls. 17/19).

Frisa, por fim, que o procurador regional emitiu parecer pela concessão da ordem (e-STJ fl. 21).

Desse modo, pede, nesta liminar, a suspensão da execução da pena até o julgamento do mérito desta

impetração. No mérito, pede a suspensão da pena até o trânsito em julgado da condenação.

É o relatório. Decido.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em um juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Efetivamente, esse é o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotado a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292:

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 n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, DJe 17/5/2016).

Vale lembrar que, para o Relator do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Ministro Teori Zavaski, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerra a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena. Embora tal decisão não seja dotada de efeito vinculante, o novo entendimento aplicado pelo Pleno não pode ser desconsiderado por esta Corte.

No caso, o Tribunal, em recurso de apelação, manteve a condenação, alterando tão somente a pena, resultando um total de 11 anos e 6 meses de reclusão, em

regime fechado.

Apesar da interposição de agravo de instrumento contra a não admissão de recurso especial pela defesa, bem como de recurso extraordinário defensivo (e-STJ fls. 123/125), como eles não são dotados de efeito suspensivo, a jurisdição das instâncias ordinárias, no caso em tela, já se encerrou, não havendo ilegalidade na execução provisória da pena.

Assim, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos para se aferir a existência de constrangimento ilegal.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Solicitem-se informações ao Tribunal estadual e ao Juízo de primeiro grau, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator”.

Essa decisão manteve os fundamentos do julgado proferido pelos Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que determinaram, nos autos do HC 019230-16.2018.4.01.0000, o seguinte:

“[...]

8. *In casu*, o Juízo de origem agiu corretamente, tendo em vista que determinou a execução provisória da pena, enquanto se aguarda o desfecho do agravo de instrumento interposto pelo sentenciado, ora paciente.

9. ‘Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO,

julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal'. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. (...). Não se vislumbra, pois, nos limites de cognição deste *habeas corpus*, a ocorrência de flagrante ilegalidade na condenação imposta ao paciente, a justificar a suspensão da execução da pena até o trânsito em julgado da ação penal' (STJ. HC 409.036, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, e-DJF1 de 28/11/2017)" (documento eletrônico 10).

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

HC 163906 / MG

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

HC 163906 / MG

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 processo of law*, a qual compreende não apenas um conjunto de regras de caráter formal e substantivo destinado a assegurar a regularidade do processo judicial, mas também uma garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades.

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

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

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

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

HC 163906 / MG

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

HC 163906 / MG

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

imediate e antecipada efetivação executória de seu julgado com transgressão ao postulado que veda a *reformatio in pejus*, eis que a ordem de prisão é dada em recursos interpostos unicamente pelo réu condenado a quem se garantira, anteriormente, sem qualquer impugnação do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade a conclusão do processo.

O caso ora em análise parece ajustar-se às hipóteses sob (a) e (c), cabendo destacar, quanto a esse último aspecto, que a colenda Segunda Turma deste Tribunal, em 08/08/2017, iniciou o julgamento, suspenso por pedido de vista, de uma ação de *habeas corpus* (HC 136.720/PB), no qual já se formou maioria pela concessão da ordem, em que o eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, propôs o deferimento do *writ* precisamente em virtude de violação ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*, em situação na qual o Tribunal apontado como coator ordenou a imediata execução antecipada da pena, fazendo-o, contudo, em recurso exclusivo do réu, a quem se assegurara, sem qualquer oposição recursal do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo, transgredindo-se, desse modo, postulado fundamental que conforma e condiciona a atuação do Poder Judiciário (HC 142.012-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI –HC 142.017-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.)”.

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

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

HC 163906 / MG

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

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

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

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

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

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

Anoto, por fim, que, segundo nos ensina Carlos Mário da Silva Velloso,

“[no] que toca a à interpretação conforme a Constituição, o

HC 163906 / MG

Supremo Tribunal Federal dela tem feito uso, enfatiza o ministro Gilmar Mendes. Ela está, entretanto, sujeita a limites: (i) é admissível a interpretação conforme se não configurar violência contra a expressão literal do texto; (ii) se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador” (Velloso, Carlos Mário da Silva. *Hermenêutica constitucional e o Supremo Tribunal Federal. In: Direito, economia e política: Ives Gandra, 80 anos do humanista*. 1. ed. São Paulo: IASP, 2015, p. 540-241).

Nesse contexto, ressalto que urge ao Plenário desta Suprema Corte o julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ambas da relatoria do Ministro Marco Aurélio, nas quais se discute a constitucionalidade do anteriormente referido art. 283 do Código de Processo Penal.

Na assentada de 5/10/2016, o STF, por maioria, indeferiu as liminares requeridas naquelas ações declaratórias, ressaltando a constitucionalidade do art. 283, todavia, admitindo ser “[...] coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

Mas, anoto que dar interpretação conforme ao art. 283 do CPP, que é cristalino ao dispor que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, é incorrer, uma vez mais, no error in iudicando verificado nos julgamentos do HC 126.286/SP e do ARE 964.246-RG/SP.

O art. 5º, LVII, com redação dada pelo constituinte originário, repito, não admite qualquer outra interpretação que não seja a literal, decorrente

HC 163906 / MG

de sua redação incontestada de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

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

“[...]”

Tendo em vista os termos da decisão que revogou a prisão preventiva do réu, às fls. 983/984, e estando ele, atualmente, em liberdade, nesta condição permito que possa recorrer.” (pág. 30 do documento eletrônico 6).

Desse fundamento da sentença, o Ministério Público Federal ficou inerte. E mais: o parecer do *Parquet* – documento eletrônico 3 – foi no sentido de que “a pena só seja executada quando o processo transitar em julgado”. Como ele bem observou:

“A pena só pode ser executada quando a condenação transitar em julgado, em homenagem ao princípio da presunção de não culpabilidade.

No presente caso há também a violação à coisa julgada, uma vez que a sentença que permitiu que o paciente recorresse em liberdade transitou em julgado” (pág. 2 do documento eletrônico 3).

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 as pacientes recorrerem em liberdade.

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.

HC 163906 / MG

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.

Isso posto, nego seguimento ao *writ* (art. 21, § 1º, do RISTF), mas, considerando que a conclusão a que chego neste *habeas corpus* em nada conflita com as decisões majoritárias desta Suprema Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, concedo a ordem, de ofício (art. 192, *caput*, do RISTF), apenas para que o paciente possa aguardar, em liberdade, o julgamento final da Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF e art. 283 do CPP), o que ocorrer primeiro, sem prejuízo da manutenção ou fixação, pelo juízo processante, de uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário. Prejudicados todos os demais pedidos.

Comunique-se com urgência.

Se necessário, expeça-se alvará de soltura clausulado.

Publique-se.

Brasília, 27 de novembro de 2018.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator