

## VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica assiste à embargante.
2. Na espécie o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

*“ AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS . EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No julgamento do EREsp 1.619.087/SC, pacificou-se o entendimento no sentido da inadmissibilidade de execução provisória de penas restritivas de direitos, em observância ao disposto no art. 147 da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execuções Penais – LEP. Agravo regimental desprovido” (fls. 95-100, vol.3).*

O recurso extraordinário interposto foi provido pelo Ministro Roberto Barroso nos seguintes termos:

*“O recurso merece provimento. O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do ARE 964.246-RG, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, entendeu que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Veja-se a ementa do acórdão do referido julgamento: (...)*

*No referido julgamento, o Plenário Virtual do STF não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados a penas privativas de liberdade não substituídas. Nessa linha, vejam-se o RHC 142.845, de minha relatoria; os HCs 142.750 e 141.978, Rel. Min Luiz Fux; o RE 1.055.792, Rel. Min. Celso de Mello; e o RE 1.125.909-AgR, de minha relatoria, assim ementado: (...)*

*Diante do exposto, com base no art. no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recurso”.*

O agravo regimental interposto não foi provido pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal:

*“1. O recurso não deve ser provido, tendo em vista que a parte agravante não trouxe novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.*

*2. De início, esclareço que não deve ser admitida a irresignação relativa ao julgamento do recurso por meio de decisão monocrática proferida pelo relator. Isso porque, segundo o art. 21, § 1º, do RI/STF e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o relator pode decidir monocraticamente recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a entendimento firmado por este Tribunal. Ressalte-se que é previsto meio de impugnação à parte que se sentir prejudicada e forçar o pronunciamento do colegiado, qual seja, o agravo interno. Nessa linha: MS 28097-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; RHC 119.231-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia; ARE 1.185.485 AgR, de minha relatoria.*

*3. No mais, o STF, no julgamento do ARE 964.246-RG, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, entendeu que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.*

*4. No mencionado julgamento, o STF não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados a penas privativas de liberdade não substituídas. Nessa linha, em sede de habeas corpus, vejam-se o RHC 142.845, de minha relatoria; os HCs 142.750 e 141.978, ambos da relatoria do Ministro Luiz Fux; o RE 1.125.909-AgR, de minha relatoria; e o RE 1.055.792, Rel. Min. Celso de Mello, do qual se extrai da decisão o seguinte trecho: (...)*

*5. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno”.*

**3** . O entendimento contido na decisão embargada diverge da nova orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal e seguida por ambas as Turmas.

Até fevereiro de 2009, o entendimento consolidado deste Supremo Tribunal era no sentido da possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segundo grau, tendo sido essa jurisprudência modificada em 5.2.2009, no julgamento pelo Plenário do *Habeas Corpus* n. 84.078 (DJe 26.2.2010).

A jurisprudência antes adotada foi retomada em 17.2.2016, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 (DJe 17.5.2016), também pelo Plenário, quando se assentou:

*“ 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, Relator o Ministro Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016).

Essa orientação foi reafirmada por este Supremo Tribunal, em controle abstrato de constitucionalidade, no julgamento das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43 e 44, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin:

*“ MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.*

*1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual ‘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. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.*

*3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.*

*4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.*

*5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.*

*6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é 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.*

*7. Medida cautelar indeferida” (DJe 7.3.2018).*

Na apreciação do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou:

*“ CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*

(CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria " (ARE n. 964.246-RG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 25.11.2016).

Em 2018, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752, a matéria foi novamente submetida ao exame do Plenário deste Supremo Tribunal, que manteve a possibilidade da execução provisória da pena após o exaurimento da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias:

"HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional.

2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.

3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.

4. *Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.*

5. *O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.*

6. *A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.*

7. *Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.*

8. *Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais.*

9. *Ordem denegada "* (HC n. 152.752, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 27.6.2018).

Votei no sentido de ser possível a execução provisória da pena após esgotados os recursos nas instâncias ordinárias, como no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078. Entretanto, reconheço a alteração da jurisprudência, determinada por maioria, no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43, 44 e 54, concluído em 7.11.2019.

Naquele julgamento, por maioria, e tendo ficado vencida, o Plenário deste Supremo Tribunal modificou o entendimento jurisprudencial antes prevalecente e concluiu que a prisão para execução da pena somente é possível após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, com o esgotamento de todos os recursos cabíveis e aproveitados pelo interessado.

Ressalvando minha posição pessoal sobre a possibilidade de execução provisória da pena, nos termos da legislação vigente, observo o princípio da colegialidade e aplico o decidido pela maioria deste Supremo Tribunal sobre a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para o início da execução da pena judicial imposta.

**4. Pelo exposto, voto no sentido de acolher os presentes embargos de divergência para restabelecer a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 440.458.**

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/05/2020 00:00