

# *Superior Tribunal de Justiça*

HABEAS CORPUS Nº 434.766 - PR (2018/0018756-1)

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI:** Conforme relatado pelo eminente Ministro Félix Fischer, por meio deste *habeas corpus* preventivo pretende-se, em síntese, que se conceda ao paciente, ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o direito de aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou, subsidiariamente, o esgotamento da jurisdição deste Superior Tribunal de Justiça.

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de **9 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado**, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, e o Tribunal impetrado manteve a condenação, porém elevando-a **para 12 anos e 1 mês de reclusão**.

O *habeas corpus* preventivo tem lugar “*sempre que alguém se achar ameaçado*”, ou seja, na iminência “*de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*” (artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal, que reproduz os pressupostos elencados no art. 647, do Código de Processo Penal).

Sobre o tema, cumpre trazer à baila a doutrina de JULIO FABBRINI MIRABETE:

*"O salvo-conduto, assim, deve ser expedido se há, por exemplo, fundado receio do paciente de ser preso ilegalmente. Mas o receio de violência deve resultar de ato concreto, de prova efetiva, da ameaça da prisão. Temor vago, incerto, presumido, sem prova, ou ameaça remota, que pode ser evitada pelos meios comuns, não dá lugar à concessão de habeas corpus preventivo." (Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: Atlas, p. 699/700).*

Para o renomado jurista RENATO BRASILEIRO DE LIMA, o *habeas corpus* é **preventivo** quando ajuizado “*contra ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, visando prevenir sua materialização. (...) Para que esse habeas corpus preventivo seja conhecido, a ameaça de constrangimento ao*

## *Superior Tribunal de Justiça*

*ius libertatis deve constituir-se objetivamente, de forma iminente e plausível. Logo, se não forem apontados atos objetivos que possam causar, direta ou indiretamente, perigo ou restrição à liberdade de locomoção de um paciente, num caso concreto, mas apenas hipoteticamente, será inviável a utilização do habeas corpus. Reputa-se, assim, manifestamente incabível a utilização do habeas corpus, em sua versão preventiva, quando o alegado risco à liberdade de locomoção for meramente hipotético”.* (Código de Processo Penal Comentado. 2ª ed. Bahia: Jus Podivum, 2017, p. 1526 – Grifo não constante do original).

Extrai-se da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

*OPERAÇÃO LAVA-JATO. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DE RELATOR, POR INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO. CONEXÃO DO CASO COM A REFERIDA OPERAÇÃO EVIDENCIADA. PRELIMINAR REJEITADA.*

*HABEAS CORPUS PREVENTIVO IMPETRADO PARA OBSTAR DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDADO RECEIO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ORDEM DENEGADA. PEDIDO DE TRANSMUDAÇÃO DO HC EM LIBERATÓRIO CASO SEJA DECRETADA A PRISÃO DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE. FATOS NOVOS QUE NÃO FAZEM PARTE DA IMPETRAÇÃO. PEDIDO SUCESSIVO DE ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE NULIDADE. NÃO CABIMENTO.*

*(...)*

***II - Inexistindo fundado receio ou ameaça concreta à liberdade do Paciente, não se concede Habeas Corpus para o fim de obstar futura decretação de prisão cautelar.***

*III - O pleito de conhecimento do Habeas Corpus como liberatório em caso de decretação da prisão no curso da tramitação do writ não pode ser conhecido, pois somente à luz dos argumentos utilizados no eventual decreto de prisão é que se pode analisar a legalidade ou não do ato apontado como coator.*

*(...)*

*Recurso em Habeas Corpus conhecido parcialmente, e desprovido. (RHC 65.462/PR, Rel. Ministro **FELIX FISCHER**, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 23/06/2017)*

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. PRETENSÃO DE GARANTIR QUE O AGRAVANTE CUMPRA PENA NO REGIME ADEQUADO. MANDADO PRISIONAL AINDA NÃO CUMPRIDO. AUSÊNCIA DE ATO COATOR. PEDIDO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. RECURSO DESPROVIDO.*

*(...)*

***2. Hipótese em que o mandado prisional ainda não foi cumprido. E***

## *Superior Tribunal de Justiça*

não há indício concreto de que o paciente será levado a cumprir pena em regime mais gravoso do que aquele constante do mandado. Trata-se de mera presunção.

**3. Mesmo para a concessão de habeas corpus preventivo, exige-se uma real ameaça ao direito de locomoção, não bastando uma suposição infundada de que venha a ocorrer algum constrangimento ilegal.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 83.730/SP, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. (...) SALVO CONDUTO. AUSÊNCIA DE AMEAÇA CONCRETA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DO RECORRENTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

(...)

**2. A mera suposição de que o MM. Juiz poderá acatar pedido de prisão preventiva feito pela autoridade policial, sequer ratificado pelo Ministério Público, não justifica a presente impetração, porquanto não demonstrado risco iminente e concreto à liberdade de locomoção do recorrente.**

3. Recurso Ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(RHC 80.843/PA, Rel. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017)

No caso vertente, o digno Juízo de primeiro grau, ao prolatar a sentença condenatória, decidiu que poderia o paciente **aguardar em liberdade o julgamento de seu recurso perante a Corte de Apelação**, sem condicionar a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado de eventual pronunciamento confirmatório do decreto, deixando ao alvitre do Tribunal os consectários da condenação.

E ao julgar os recursos de apelação interpostos pela acusação e pela defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a colenda 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a sentença penal condenatória e determinou, uma vez esgotada a sua jurisdição, seja oficiado ao Juízo de origem, para que proceda à imediata execução da pena privativa de liberdade imposta.

Consta da ementa do aresto impugnado:

'OPERAÇÃO LAVA-JATO. PENAL E PROCESSUAL PENAL.

## *Superior Tribunal de Justiça*

COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA/PR. CONEXÃO. ESQUEMA CRIMINOSO NO ÂMBITO DA PETROBRAS. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO E DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. NÃO CONFIGURADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. ART. 400, § 1º DO CPP. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. GRAVAÇÃO DE INTERROGATÓRIO PELA PRÓPRIA DEFESA. HIGIDEZ DA GRAVAÇÃO REALIZADA PELA SERVENTIA DO JUÍZO. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS AOS COLABORADORES. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. FASE DO ART. 402 DO CPP. REINTERROGATÓRIO. ART. 616 DO CPP. FACULDADE DO JUÍZO RECURSAL. VIOLAÇÃO À AUTODEFESA E À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA. EXISTÊNCIA. PRELIMINARES AFASTADAS. MÉRITO. STANDARD PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DE CORRÉUS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ATO DE OFÍCIO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. AGENTE POLÍTICO. CAPACIDADE DE INDICAR OU MANTER SERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS DE ALTOS NÍVEIS NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO. LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO TRANSLATIVO. CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO. ACERVO PRESIDENCIAL. MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. OFENSAS AOS ADVOGADOS. EXCLUSÃO DE TERMOS DA SENTENÇA. PEDIDO DESTITUÍDO DE RAZÕES E DESCONTEXTUALIZADO. DEVOLUÇÃO DA TOTALIDADE DE BENS APREENDIDOS. NÃO CONHECIMENTO DOS APELOS NOS PONTOS. DOSIMETRIA DA PENA. READEQUAÇÃO. BENEFÍCIOS DECORRENTES DA COLABORAÇÃO. REPARAÇÃO DO DANO. JUROS DE MORA. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA.**

(...).

**45. Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas.**

Contra esta decisão a defesa opôs embargos de declaração, no dia 20.2.2018, postulando a atribuição de efeitos infringentes ao recurso, tendo o eminente Relator, Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, ao verificar a pretensão modificativa do julgado, encaminhado os autos ao *parquet* Federal, para

# *Superior Tribunal de Justiça*

manifestação.

Pois bem. Conquanto a autoridade apontada como coatora tenha determinado a execução provisória da reprimenda cominada ao réu após o esgotamento do segundo grau de jurisdição, o certo é que tal fato ainda não ocorreu, estando pendentes de julgamento os aclaratórios nos quais a defesa requereu, como visto, a concessão de efeitos infringentes, o que revela a inexistência de risco concreto à sua liberdade de locomoção.

Dessarte consigno que não se pode utilizar o *habeas corpus* para obstar eventuais ilegalidades ou constrangimentos ainda não existentes e que sequer se sabe se realmente ocorrerão.

A mera suposição, sem indicativo fático, de que o paciente será preso em ofensa aos princípios da presunção de inocência e da necessidade de motivação das decisões judiciais não constitui, a meu sentir, uma ameaça concreta à sua liberdade capaz de justificar o manejo do *mandamus* para o fim pretendido.

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS "PREVENTIVO". APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. CONDENAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO, EM QUE SE PEDE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA, POR PARTE DA AUTORIDADE TIDA COMO COATORA. AMEAÇA CONCRETA DE COAÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DO PACIENTE. AUSÊNCIA. NECESSIDADE, ENTRETANTO, DE ASSEGURAR AO PACIENTE, QUE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA OCORRERÁ APENAS APÓS O EFETIVO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.**

**1. Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, da Constituição da República).**

**2. A mera suposição, sem indicativo fático, de que eventual segregação visando ao cumprimento antecipado da reprimenda poderá vir a ser determinada, não constitui ameaça concreta à liberdade de locomoção, capaz de justificar o manejo do remédio constitucional para o fim pretendido (AgRg no HC n. 294.338/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/8/2014).**

**3. No caso, em que pese exista pedido do assistente de acusação, formulado em embargos de declaração, de execução provisória da pena imposta, não há determinação, por parte das instâncias ordinárias, do cumprimento antecipado da pena.**

**4. Mostra-se necessário assegurar ao acusado que a execução provisória da pena somente poderá acontecer após o esgotamento das instâncias ordinárias, pois este é o**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**entendimento atualmente predominante no âmbito deste Superior Tribunal, consubstanciado na linha de orientação do Supremo Tribunal Federal.**

5. Ordem concedida, em menor extensão, tão somente para assegurar ao paciente que a execução provisória da pena imposta a ele na Ação Penal n. 001.2006.008707-3 da 4ª Vara Criminal da comarca de Recife/PE ocorrerá apenas após o efetivo esgotamento das instâncias ordinárias.

(HC 368.497/PE, Rel. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

Por outro vértice, ainda que possível fosse considerar concreta, real e iminente a ameaça à liberdade de locomoção do paciente, forçoso reconhecer que não está preenchido o segundo pressuposto da ação mandamental, por **não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder** na determinação da execução provisória da pena privativa de liberdade depois de esgotadas as instâncias ordinárias.

Do voto do eminente Desembargador Relator ressumbram os seguintes excertos:

**O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, reviu posicionamento antes fixado no julgamento do HC 84.078, firmando orientação no sentido da possibilidade de execução das penas tão logo exaurido o duplo grau de jurisdição. O entendimento foi (reiterado) pela Suprema Corte no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, pelo que ficou expresso que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias. A questão foi novamente examinada nos autos do ARE nº 964.246/STF, quando, 'por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246 que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias'.**

(...).

*Desse modo, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo ou julgados estes,*

## *Superior Tribunal de Justiça*

*poderá ter início a execução da pena (...), pelo que deverá ser oficiado ao juízo de primeiro grau para as providências que entender cabíveis.*

*Não se está aqui a tratar de prisão cautelar, cujos requisitos são próprios e não coincidentes com o atual estágio do processo, mas sim de execução de pena em razão de título judicial condenatório, sobre o qual não mais se estabelecerá efeito suspensivo diante da eventual interposição de recursos aos tribunais Superiores.*

***Assim, a condenação em segundo grau, por si só, é fundamento idôneo para que se permita o cumprimento imediato da pena. Neste caso, diferente da prisão cautelar, tem-se por premissa que 'a presunção de inocência não é absoluta e perde força no decorrer do processo, pelo menos após condenação, ainda que de primeira instância' (HC 114.688, LUIZ FUX, STF). Tal perda de força é mais intensa com a condenação em segundo grau.***

*A presunção de inocência ganha outros contornos no direito alienígena. Nos Estados Unidos, por exemplo, berço da presunção de inocência e do due process of law, regra geral, não há óbice a uma prisão após uma sentença condenatória, ainda que pendente de recursos. Igual exemplo se retira do Direito francês, onde a Corte de Cassação já decidiu pela compatibilidade entre a restrição de liberdade e a presunção de inocência, mesmo após condenação ainda recorrível.*

*(...)*

*A advertência de Sutherland é apropriada. É necessário que se ultrapasse aquela compreensão individualista e siga-se para uma inteligência consentânea com a segurança jurídica e com a ordem pública, de modo a preponderar com eficácia a resposta estatal aos nefastos efeitos, pretéritos, presentes e futuros, que a corrupção encerra.*

*Por evidente que a quase imensa maioria dos investigados ou réus da 'Operação Lava-Jato' não colocará em risco a segurança individual de quem quer que seja. É pouco provável que cometam pessoalmente qualquer crime violento ou os chamados crimes de sangue; talvez nunca porte uma arma de fogo, ou subtraíam diretamente recursos de outra pessoa física.*

*Talvez nos crimes de corrupção os efeitos deletérios não sejam tão visíveis, mas isso não os torna menos gravosos. Enquanto alguns poucos se apropriam da coisa pública como se privada fosse, sistemas básicos de saúde e ensino agonizam e sangram.*

## *Superior Tribunal de Justiça*

*Um sangue invisível e capaz de provocar os maiores males ao Estado e seus administrados.*

*Enfim, os delitos financeiros e contra a Administração Pública trazem reflexos amplos e atingem toda a coletividade. Os efeitos são de tal monta que, passado longo tempo, ainda não é possível dimensionar o alcance da corrupção que envolve conhecidos empresários, agentes públicos e partidos políticos que se serviram da maior empresa estatal.*

*(...).*

*Feitas tais considerações, é medida salutar e de efetividade da jurisdição criminal que se inicie o cumprimento das penas, tão logo esgotada a jurisdição de segundo grau.*

Com efeito, é cediço que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no exercício de seu mister de intérprete maior da Carta Magna, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Confira-se a ementa do julgado:

**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 126292, Relator(a): **Min. TEORI ZAVASCKI**, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)**

Esse entendimento foi mantido, pela Suprema Corte, no exame das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em 5/10/2016, consoante noticiado no Informativo 842:

***"Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, indeferiu medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade e conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) ("Art. 283. Ninguém***

## *Superior Tribunal de Justiça*

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”). Dessa forma, permitiu a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado – v. Informativo 837. O Tribunal assentou 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 art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF). Esse entendimento não contrasta com o texto do art. 283 do CPP. A Corte ressaltou que, de acordo com os arts. 995 e 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil (CPC), é excepcional a possibilidade de atribuir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal. A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais com efeito meramente devolutivo. Entretanto, é possível atribuir-se efeito suspensivo diante de teratologia ou abuso de poder. **Dessa forma, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo têm eficácia imediata. Assim, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir efeito imediato do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.** Não se pode afirmar que, à exceção das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, haja vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Se assim o fosse, a conclusão seria pela prevalência da regra que dispõe ser meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), visto que os arts. 995 e 1.029, § 5º, do CPC têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP. Portanto, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por tribunais de apelação. Ademais, a quantidade de magistrados com assento no STF e no STJ repele

## *Superior Tribunal de Justiça*

qualquer interpretação que queira fazer desses tribunais cortes revisoras universais. Isso afasta a pretensão sucessiva de firmar o STJ como local de início da execução da pena. A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao STJ o exercício de seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Por isso, o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Portanto, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pela Suprema Corte. É a Constituição que alça o STF primordialmente a serviço da ordem jurídica constitucional e igualmente eleva o STJ a serviço da ordem jurídica. Isso está claro no art. 105, III, da CF, quando se observam as hipóteses de cabimento do recurso especial, todas direta ou indiretamente vinculadas à tutela da ordem jurídica infraconstitucional. Nem mesmo o excessivo apego à literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF, a qual, nessa concepção, imporia sempre o “trânsito em julgado”, seria capaz de conduzir à solução diversa. **O ministro Roberto Barroso acrescentou que, por não se discutir fatos e provas nas instâncias extraordinárias, há certeza quanto à autoria e materialidade. Dessa forma, impõe-se, por exigência constitucional em nome da ordem pública, o início do cumprimento da pena, sob o risco de descrédito e desmoralização do sistema de justiça. Além disso, enfatizou que a presunção de inocência é princípio – não regra – e, como tal, pode ser ponderado com outros princípios e valores constitucionais que tenham a mesma estatura. Portanto, o peso da presunção da inocência ou não culpabilidade, após a condenação em segundo grau de jurisdição, fica muito mais leve, muito menos relevante, em contraste com o peso do interesse estatal de que os culpados cumpram pena em tempo razoável. Desse modo, o estado de inocência vai-se esvaindo à medida que a condenação se vai confirmando.** Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que deferiam a medida

## *Superior Tribunal de Justiça*

*cautelar para reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e determinar a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão ainda não houvesse transitado em julgado. Afirmavam que a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado, configuraria punição antecipada e violaria a presunção de inocência, bem como a disposição expressa do art. 283 do CPP. Também pontuavam que a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas até o trânsito em julgado da condenação. Vencido, parcialmente, o ministro Dias Toffoli, que acolhia o pedido sucessivo para determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa estivesse sendo questionada no STJ. Segundo o ministro, esse Tribunal desempenha o relevante papel de uniformizar a aplicação da lei federal nacionalmente. Todavia, no âmbito do STF, o recurso extraordinário não teria mais o caráter subjetivo. Afinal, a questão nele debatida deverá ter repercussão geral e ultrapassar os limites subjetivos do caso concreto, o que, geralmente não existe em matéria criminal. Ademais, a jurisprudência é no sentido de que a questão do contraditório e da ampla defesa é matéria infraconstitucional. ADC 43 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016. ADC 44 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016."*

E, ao apreciar o ARE 964.246/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, a Suprema Corte confirmou a jurisprudência no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência:

**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.***

# *Superior Tribunal de Justiça*

(ARE 964246 RG, Relator(a): **Min. TEORI ZAVASCKI**, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016 )

É necessário registrar que o entendimento firmado pelo Plenário da Suprema Corte, inclusive em sede de repercussão geral, tem sido observado tanto pela 1ª quanto pela 2ª Turma do Pretório Excelso, não havendo que se falar, assim, em necessidade de fundamentação do decreto prisional após o esvaziamento das vias ordinárias.

A propósito:

*PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, RECEPÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO CAUTELAR. 1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito discutida na impetração. 2. **A execução provisória 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.** Hipótese de paciente condenado a 22 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 e no art. 180 do CP. 3. Embargos declaratórios rejeitados.*

(HC 125617 ED, Relator(a): **Min. ROBERTO BARROSO**, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-288 DIVULG 13-12-2017 PUBLIC 14-12-2017)

*AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. **O Plenário desta Corte concluiu 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”** (HC 126.292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 17/5/2016). **Entendimento confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (julgadas em 5/10/2016). E, em repercussão geral, foi reafirmada a jurisprudência, no exame do ARE 964.246** (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(HC 147361 AgR, Relator(a): **Min. ALEXANDRE DE MORAES**, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017)

*Agravo regimental em habeas corpus. Constitucional. Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática com que a relatora*

# *Superior Tribunal de Justiça*

do habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça indeferiu liminarmente a inicial. Superveniente alteração do quadro processual, resultante da prolação de outra decisão por aquela Corte de Justiça, correspondente a novo ato, a ser desafiado por ação própria. Precedentes. Inexistência de ilegalidade flagrante. **Execução provisória. Possibilidade. Tese preconizada pelo Tribunal Pleno no HC nº 126.292/SP. Questão reafirmada no Plenário virtual em sede de repercussão geral (Tema nº 925). Entendimento predominante da Corte, à luz do princípio da colegialidade.** Regimental não provido.

(HC 146871 AgR, Relator(a): **Min. DIAS TOFFOLI**, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-276 DIVULG 30-11-2017 PUBLIC 01-12-2017)

Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, esta Corte Superior de Justiça tem proclamado a legalidade e constitucionalidade da execução provisória da pena, afastando a alegação de ofensa ao princípio da presunção de inocência, conforme se observa dos seguintes julgados recentes oriundos de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. (...) EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA É CONSECTÁRIO LÓGICO DO ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*(...)*

**VII - No tocante a execução provisória da pena, convém ressaltar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no HC n. 126.292/SP, de relatoria do em. Min. Teori Zavascki, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.**

**VIII - Nos autos não tratam a excepcional hipótese de juízo provisório antecipado acerca do pedido, pois os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.**

*Habeas corpus não conhecido.*

*Ordem concedida de ofício para reconhecer a falta de prova que levou a condenação pelo delito de corrupção de menor, disposto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, declarando a absolvição do paciente quanto a este delito, mantidos os demais termos do acórdão.*

*(HC 398.430/CE, Rel. **Ministro FELIX FISCHER**, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018)*

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA**

## *Superior Tribunal de Justiça*

COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...).

**3. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/16, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário, assim como o recurso especial, desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, pela Suprema Corte no exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em 5/10/2016. O Superior Tribunal de Justiça também adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento, pela Sexta Turma, dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.**

**4. In casu, a prisão do agravante decorre de sentença condenatória confirmada em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujos aclaratórios foram julgados em 5/9/2017, tendo sido interpostos recursos especial e extraordinário, esgotando-se a via recursal ordinária, nada havendo a ser reparado no presente recurso.**

**Agravo regimental desprovido.**

(AgRg no HC 396.213/SP, Rel. **Ministro JOEL ILAN PACIORNIK**, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA A QUO. DESNECESSIDADE DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP.

**1. Prevalece o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Nessas hipóteses, não se compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.**

**2. A determinação de execução provisória da pena independe da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, somente podendo ser sustada se não esgotada a via ordinária.**

**3. Agravo regimental improvido.**

(AgRg no HC 392.724/SP, Rel. **Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018)

Percebe-se, assim, que em todos os precedentes citados a Suprema Corte tem relativizado a aplicação do princípio da presunção de inocência,

# *Superior Tribunal de Justiça*

insculpido no art. 5º LVII da Constituição Federal.

Assim, por mais que se queira interpretar o princípio da presunção de inocência tal qual se infere da literalidade do texto constitucional, sem harmonizá-lo com os demais princípios e normas que formam o nosso sistema jurídico penal, é certo afirmar que seu alcance estará condicionado, sempre, à interpretação que lhe der a Suprema Corte, incumbida que foi, pela Carta Magna, desse relevante mister de “dizer” o direito emanado da Constituição.

Se o Pretório Excelso, como maior intérprete da Constituição Federal, por seu órgão interno máximo – o Plenário – de há muito tem relativizado o princípio constitucional da presunção de inocência, para admitir a execução provisória da pena, ou seja, permitir que se execute uma pena decorrente de sentença judicial confirmada por órgão colegiado mas não transitada em julgado - portanto, não definitiva -, resta aos demais tribunais pátrios curvarem-se a essa realidade jurídica imposta pela Corte Suprema, exatamente como o fez o colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Diante de tal quadro, não há como afirmar a presença dos pressupostos constitucionais para a impetração do *habeas corpus*, sendo impositiva a denegação da ordem.

Ante o exposto, voto no sentido de se conhecer do *habeas corpus* preventivo e denegar a ordem.