

Decisão: 1. Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em ação penal na qual o recorrente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e à pena pecuniária de 13 (treze) dias multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu, ora recorrente, e determinou expedição imediata de mandado de prisão, para início da execução da pena.

No recurso extraordinário, aponta ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dispositivo constitucional que garante o direito de ninguém ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de onde decorre o direito de não ser preso antes do trânsito em julgado, quando apenas então se poderá realizar a execução da pena imposta (e-STJ, fl. 510). Sustenta, ademais, que ainda que os recursos cabíveis contra o v. acórdão da apelação (recursos Especial e Extraordinário) sejam despidos de eficácia suspensiva, certo é que há presunção constitucional de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória (e-STJ, fl. 512). Afirma a parte recorrente a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC/1973, porquanto claramente extrapola os interesses subjetivos das partes, atingindo todos os cidadãos que tem o direito de ver respeitados todos os direitos e garantias fundamentais estabelecidos em nossa Constituição (e-STJ, fl. 507). Requer, por fim, o provimento do recurso extraordinário para que a execução aguarde o trânsito em julgado.

Em contrarrazões, a parte recorrida postula, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, em razão da (a) ausência de prequestionamento; (b) fundamentação recursal deficiente. No mérito, pede o desprovimento do recurso.

Os autos foram distribuídos por prevenção, em face do HC 126.292/SP, envolvendo idêntica pretensão.

2. A matéria veiculada no recurso extraordinário possui natureza constitucional e é dotada de repercussão geral. O apelo trata da legitimidade da execução da sanção penal após o julgamento do recurso pelo Tribunal de Justiça. O deslinde da controvérsia passa, portanto, pela interpretação e aplicação do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), sendo evidente que a questão em debate transcende o interesse subjetivo das partes, possuindo relevância social e jurídica.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292 (de minha relatoria, Dje de 17/6/2016), retomando entendimento que manteve até o ano de 2009, assentou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou recurso extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Submetida a matéria novamente à apreciação do Pleno, desta vez sob a perspectiva da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o Tribunal, por maioria, reafirmando o que decidira no HC 126.292, indeferiu liminares pleiteadas em Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 43 e ADC 44), em julgamento ocorrido em 5/10/2016. Perfilhando a tese vencedora, eis, no que interessa, as razões de decidir do voto por mim subscrito:

O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente

dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus.

Embora a ação de habeas corpus não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas per saltum, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, antecipada pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa persona processual, formando verdadeiros colegiados de garantias, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária.

Foi à vista da ampla receptividade do sistema processual brasileiro à ação constitucional do habeas corpus e da restrita participação dos Tribunais Superiores na definição de aspectos da culpa que o Supremo Tribunal Federal veio a concluir que a presunção de inocência não impede irremediavelmente o cumprimento da pena. A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência juntamente com as demais garantias de defesa devem viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social.

Segundo os requerentes, essa interpretação, a respeito da garantia da presunção da inocência ou não culpabilidade, contradiz os termos do art. 283 do CPP. O raciocínio, porém, não procede.

4. Foram estas as razões que me levaram a denegar a ordem no julgamento do HC 126.292:

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da

aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, de modo que os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado juízo de consistência da acusação, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades antes e depois dos precedentes mencionados, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármem Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.

(...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECORSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIAZILIZANDO, POR

ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA.

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A alteração dessa tradicional jurisprudência que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia

demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação , a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa pressuposto inafastável para condenação , embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF recurso especial e extraordinário têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

6. O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam fundadas razões - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos (in: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. A esse respeito, merece referência o abrangente

estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à High Court versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da Crown Court. (...)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5^a, 6^a e 14^a Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso Coffin versus Estados Unidos em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredito efetivo.

(...)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o juízo de primeiro grau, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes. Prossegue informando que o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão.

c) Canadá

(...)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso R. v. Pearson(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, é claro, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(...)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...)

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

f) Portugal

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

(...)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser deferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida (Garantismo Penal Integral, 3^a edição, Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078, p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precípua mente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permeiar a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 REs julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos

estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos.

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para surpresa reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminentíssimo Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213 (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: 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.

As razões de meu convencimento, além daquelas constantes do julgamento do HC 126.292, foram ainda sinaladas nos embargos de declaração no HC 126.292, submetidos à julgamento no Plenário Virtual do STF. Eis os pontos mais relevantes:

(...) 2. As razões recursais evidenciam, claramente, que, quanto aos demais pontos, não há ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O que se pretende é, na verdade, uma nova apreciação da matéria, para o que não se prestam os embargos declaratórios, cujo âmbito está delimitado pelo art. 619 do CPP. Pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na declaração da inconstitucionalidade do art. 283, caput, do Código de Processo Penal, inserto no Título IX, que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Mas nem essa objeção procede. A dicção desse dispositivo, cujo fundamento constitucional de validade é o princípio da presunção de inocência, comunga, a toda evidência, da mesma interpretação a esse atribuída. Assim, o controle da legalidade das prisões decorrentes de condenação sem o trânsito em julgado submete-se aos mesmos parâmetros de interpretação conferidos ao princípio constitucional. Equivale a dizer que a normatividade ordinária deve compatibilizar-se com a Constituição, dela extraíndo fundamento inequívoco de

legitimidade. Aliás, a propósito da temática, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto, bem sintetizou a questão ao afirmar que naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau quando já há certeza acerca da materialidade e autoria por fundamento diretamente constitucional; afinal, interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.

Sinaliza-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo a qual os recursos especiais e extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, é certo, revogado pelo novo CPC (Lei 13.105/15), o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos (CPC, art. 995). A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (v.g. Lei de Execução Penal, arts. 105 e 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal.

3. Para além da inexistência de omissão, é preciso reafirmar que a interpretação do princípio da presunção de inocência conferida pelo acórdão embargado de modo algum inviabiliza ou sequer dificulta o acesso do condenado em segundo grau ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, a realidade nos mostra, todos os dias, que, com a largueza com que o STF admite a ajuizamento de habeas corpus, não somente os condenados, mas até os simples acusados ou investigados podem submeter à Corte Suprema qualquer lesão ou ameaça à violação, direta ou indireta, ao seu direito constitucional de liberdade de locomoção. Nesse sentido, são incontáveis os precedentes do Supremo Tribunal Federal de habeas corpus envolvendo questões, até mesmo processuais, surgidas antes mesmo da prolação de sentença criminal pelo juízo de origem (v.g. HC 123.019, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/4/2016; HC 126.536, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/3/2016; HC 130.219, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 15/3/2016). Releva mencionar, ainda, que controvérsias sobre dosimetria da pena, regime prisional inicial, nulidades processuais e outras da espécie igualmente são submetidas e, não raro, apreciadas com maior agilidade que as postas em recursos de natureza extraordinária, muitas vezes superando até mesmo o esgotamento da tramitação normal pelas várias instâncias anteriores (v.g. HC 132.098, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 27/4/2016; HC 131.918, Rel. Min. Cármel Lúcia, Segunda Turma, Dje 2/3/2016; HC 128.714, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 16/12/2015; HC 124.022, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 14/4/2015). Há casos em que o Tribunal admitiu habeas de habeas corpus mesmo para invalidar ato praticado em sede de inquérito policial (v.g. HC 115.015, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-09-2013), e até como substituto de ação de revisão criminal (v.g., HC 133027, Relator(a): Min. Cármel Lúcia, Segunda Turma, DJe de 26-04-2016; RHC 116947, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-02-2014).

4. E, o que é tão ou mais importante, a matéria suscetível de apreciação em habeas corpus é muito mais ampla do que as invocáveis em recurso extraordinário,

limitado a questões constitucionais e desde que ostentam a marca da repercussão geral. Ao contrário disso, o habeas corpus não enfrenta maiores óbices processuais para o seu conhecimento. Registre-se, ademais, que grandes temas de direito não são estranhos ao habeas corpus. Mesmo sendo via processual sumária no trato dos direitos do acusado e de acentuada celeridade, nele veiculam-se questões de grande relevo, inclusive o próprio controle de constitucionalidade de preceitos normativos, com nítida repercussão no ordenamento jurídico penal. À guisa de mera exemplificação, alguns importantes julgados recentemente proferidos pelo plenário do STF em sede de habeas corpus: (a) análise do devido processo legal no âmbito do processo penal militar (HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016); (b) aplicação do princípio da insignificância (HC 123.108, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 1/02/2016); (c) impossibilidade de sopesar-se a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base e, simultaneamente, na escolha da fração de redução da terceira etapa da dosimetria (HC 112.776, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 30/10/2014); (d) declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111.840, Rel. Dias Toffoli, Dje 17/12/2013); (e) declaração de inconstitucionalidade da vedação abstrata da liberdade provisória prevista no art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 (HC 104.339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 6/12/2012); (f) declaração de inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constante do art. 44 da Lei 11.343/2006 (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 15/12/2010).

Realidade diversa é a observada nos recursos de natureza extraordinária de alcada dos Tribunais Superiores, em geral inadmitidos com arrimo em súmulas e em entendimentos pretorianos consolidados, barreiras recursais que bem sinalizam a menor eficácia de tais vias de impugnação se comparadas com a do habeas corpus. Reforçam essa constatação os números obtidos em pesquisa que determinei fosse realizada nos registros do Tribunal, relativamente ao período de 2009 até março de 2016 (período em que o Tribunal adotou a tese agora reconsiderada). Nesse período, de 22610 recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários em matéria criminal, somente obtiveram êxito 1,7%, a maioria em favos da acusação. Apenas 0,48% foi favorável à defesa, e, mesmo assim, envolvendo temas perfeitamente suscetíveis de dedução em habeas corpus, com muito mais eficácia e celeridade. Muitos foram providos por força da prescrição que se consumou no aguardo de seu julgamento. Apenas num julgamento (RE 755.565), o provimento do extraordinário resultou em absolvição do recorrente, em caso em que sequer havia pena privativa de liberdade (atipicidade em contravenção penal). Nos demais e raros casos de provimento, as matérias veiculadas, em geral, estavam relacionadas à execução de pena, e não ao estado de inocência do acusado (sem falar que, como já enfatizado, tais matérias poderiam ter sido julgadas, com igual profundidade e muito maior presteza, pela simples via do habeas corpus, a significar que, provavelmente, em muitos casos, o que se buscou com o recurso foi, justamente, os benefícios secundários da falta de presteza no julgamento!).

5. Além de considerar ausente qualquer incompatibilidade insuperável entre os termos do entendimento do Plenário no HC 126.292 e o art. 283 do CPP, penso que as demais razões intituladas pelos requerentes tampouco devam recomendar

hesitações quanto à eficácia dessa interpretação. Em primeiro lugar, porque, ao contrário do que vem sendo sustentado, a decisão no HC 126.292 não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas entendimento relativo à dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, proveniente de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente.

É de se reafirmar que, a partir da restauração do regramento do sistema recursal penal tradicionalmente adotado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292 (Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki), os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para as instâncias extraordinárias (art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, este último revogado pelo novo Código de Processo Civil Lei 13.105/15, o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, nos arts. 995 e 1.029, § 5º) são plenamente passíveis de serem invocados para determinar-se a imediata execução da reprimenda.

Decisões de igual teor, emitidas sob o pálio do referido HC 126.292, têm a chancela deste Supremo Tribunal Federal: HC 134.814, Rel. Dias Toffoli, Dje 6/6/2016; HC 134.545, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 2/6/2016; HC 133.862, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 31/5/2016; HC 131.610, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 19/5/2016; HC 134.285, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 17/5/2016; ARE 948.738, Rel. Min. Cármel Lúcia, Segunda Turma, Dje 3/5/2016; e HC 125.708, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 6/6/2016, este último assim ementado:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Homicídio qualificado. Prisão decorrente de sentença condenatória. 4. Superveniência de julgamentos dos recursos da defesa. Perda de objeto. 5. Condenação confirmada em apelação. 6. Alegação de impossibilidade do cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Improcedência. 7. Execução provisória da pena. O Plenário, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relatoria de Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

Outro fundamento invocado em abono de uma pretensa postergação dos efeitos daquele precedente é o do reconhecimento, na ADPF 347, da existência de um estado de coisas constitucional na estrutura carcerária brasileira. O argumento parece indicar, pelo menos implicitamente, que não se deveria mais aplicar pena privativa de liberdade, o que, a toda evidência, é matéria absolutamente estranha ao objeto da questão aqui em debate. Também não se pode ter como certa a indicação que também decorre implicitamente desse argumento, que são sempre injustas e, portanto, serão invariavelmente reformadas em grau de recurso especial ou extraordinário as condenações impostas pelas instâncias ordinárias. Não é isso que demonstra a realidade. De qualquer modo, é importante registrar que o caos do sistema carcerário se deve, em significativa medida, ao enorme número de prisões provisórias, antes de condenação alguma, notadamente por tribunal de apelação. Ademais, embora seja um cenário realmente preocupante para o Estado brasileiro como um todo, o Tribunal tem buscado soluções para impedir que as penas de privação de liberdade sejam cumpridas fora do regime apropriado, do

que é exemplo o pronunciamento da Corte no RE 641.320, que resultou na edição da Súmula Vinculante 56, segundo a qual: a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Diversas alternativas foram colocadas à disposição do magistrado, no caso de se deparar com déficit de vagas no regime prisional adequado, como a colocação do condenado em prisão domiciliar ou até mesmo a concessão de liberdade eletronicamente monitorada. Em se tratando de medidas extremamente favoráveis ao apenado, a solução adequada para a problemática do cumprimento do regime prisional em local inapropriado deve passar pela exigibilidade desse enunciado, e não pela tolerância com o descumprimento das exigências constitucionais de realização da justiça criminal. Aliás, a ideia de efetividade no cumprimento da sanção imposta em juízo condenatório, diretamente relacionada ao alcance do princípio da presunção de inocência, tenderia a reparar, ou ao menos amenizar, a cultura da imposição deliberada e inconsequente de prisões preventivas como método de concretização da punição do acusado.

Por fim, também não merece acolhimento o pedido de interpretação conforme do art. 637 do CPP, pois, como enfaticamente registrado no HC 126.292, sempre haverá mecanismos aptos a inibir as consequências gravosas ao condenado advindas de equívocos incorridos pelos juízos condenatórios. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos das decisões judiciais antecedentes. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

6. Aliás, no âmbito do processo penal, o próprio conceito de trânsito em julgado merece reflexão. A Constituição não trata da matéria, razão pela qual a jurisprudência do STF tem afirmado, reiteradamente, que coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional. Ora, o Código de Processo Penal não traz definição a respeito. A importância, para esse efeito, da legislação processual civil (... decisão de mérito não mais sujeita a recurso - CPC, art. 502), não pode ser acolhida em sua absoluta literalidade, até porque, no processo penal, a revisão criminal, que não tem prazo para proposição, está, literalmente, incluída no rol dos recursos (CPP, art. 621 e seguintes). Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. A expectativa do trânsito em julgado após o julgamento do recurso extraordinário no STF, por vezes, se aperfeiçoa em momento anterior ao do julgamento de recurso pendente. É o que ocorre, por exemplo, para efeito de cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal, que, segundo orientação do STF, os recursos especial e extraordinário somente obstariam a formação da coisa

julgada quando admissíveis (v.g. HC 86.125/SP, Rel. Ellen Gracie). Na oportunidade, sem se aprofundar na discussão da controvérsia, o colegiado assentou que o recurso de natureza extraordinária inadmitido pelo tribunal de origem, em decisão confirmada pelo respectivo tribunal superior, equiparar-se-ia à situação de não interposição de recurso. Dentre os julgados que reafirmaram essa tese: ARE 791825 AgR-EDv-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-188 5/9/2016; HC 130.509/CE, Rel. Min. Cármem Lúcia, DJe 15/10/2015; ARE 723.590 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13/11/2013; HC 113.559/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 5/2/2013; AI 788.612 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 16/11/2012 e ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13/11/2013, este último assim ementado:

II O entendimento desta Corte fixou-se no sentido de que recursos extraordinário e especial indeferidos na origem, por inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e STJ, não têm o condão de impedir a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término daquele prazo recursal. Precedentes.

No Superior Tribunal de Justiça, a questão foi objeto de amplo debate no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 386.266/SP (julgado em 12/8/2015), cuja corrente vencedora filiou-se à compreensão do STF. Conforme essa orientação, somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, a) e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, b, 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível. Para compor os fundamentos dos votos vencedores, ressaltou-se que (a) no âmbito do processo penal, (...) realmente não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível, pois (...) o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado; (b) esse entendimento coaduna-se com o princípio constitucional da duração razoável do processo; (c) há argumentos de ordem prática relacionados à inevitável impunidade advinda do indiscriminado manejo de vias processuais protelatórias pelo acusado, no intuito de alcançar a prescrição; (d) haveria um desequilíbrio injustificável dos fins a que se presta o processo penal se, após sucessivas decisões negando ao recorrente o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais para a continuidade da atividade recursal, pudesse, ainda assim, beneficiar-se do tempo naturalmente necessário para essa sucessão de atos decisórios se consumar. A conclusão é fortalecida ao rememorar-se que, a partir do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do HC nº 84.078, não mais se tem como possível a execução provisória da pena, na pendência do Recurso Extraordinário ou Especial. Definiu-se, ainda, o momento da ocorrência do trânsito em julgado com fundamento na natureza jurídica eminentemente declaratória do juízo de inadmissibilidade recursal pelo tribunal local. Desse modo, deliberou-se que o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível.

Bem se percebe, dessa controvérsia, que o conceito de coisa julgada, em processo penal, não está, necessariamente, relacionado ao julgamento de todos os recursos e à absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo. Aliás, a afirmação de que há regular e contínua contagem do lapso prescricional, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária, é indicativo de importante e coerente reforço à tese da legitimidade da execução provisória da pena imposta ao condenado após o julgamento da apelação. Realmente, não se poderia, logicamente, sustentar o decurso do prazo da prescrição da pretensão executória (que supõe omissão voluntária em promover a execução) e, ao mesmo tempo, negar a possibilidade de execução da pena no mesmo período. Registre-se, ademais, que não é novidade nesta Corte a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos (v.g.: RE 839.163-QO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/2015, entre outros).

7. Convém enfatizar, por fim, ser absolutamente desprovida de base real a afirmação de que a improcedência desta ADC e a manutenção do entendimento adotado pelo STF no HC 126.292 iria acarretar o injusto encarceramento de dezenas de milhares de condenados, notadamente de pessoas humildes, que estão sendo defendidas pela Defensoria Pública. Essa hipótese parte do equivocado pressuposto de que há dezenas de milhares de recursos criminais em instâncias extraordinárias aguardando o julgamento e, mais, de que essas instâncias acolherão tais recursos e, assim, afirmarão a inocência dos recorrentes. Para ilustrar a evidente improcedência desse pressuposto, basta ter presente que, dos processos distribuídos ao STF no período de 2009 a 2016 (período em que se afirmou a impossibilidade de execução provisória da pena), houve um total de 22.610 recursos criminais. Desses, foram interpostos pela Defensoria Pública 2.585 REs, AREs e AIs, ou seja, apenas 11,43%. E desses, apenas 1,54% alcançaram provimento, sendo que, isso é importante, invariavelmente envolvendo matéria não relacionada à culpabilidade do acusado (em geral, prescrição e obrigatoriedade do regime fechado para crime hediondo, matérias que poderiam, com maior celeridade e eficiência, ser suscitadas em habeas corpus). Aliás, nesse mesmo período, a Defensoria Pública foi responsável pela impetração de 10.712 habeas corpus, das quais 16,15% foram concedidos, pelo menos parcialmente. Esses números reforçam a afirmação de que os habeas corpus, além de superarem, em muito, o número de recursos interpostos, representam meio mais eficiente para sanar eventuais ilegalidades ou arbitrariedades.

Em recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio (FGV Direito Rio Centro Justiça e Sociedade Projeto: Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores/Habeas Corpus nos Tribunais Superiores Propostas para Reflexão. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23 112 Janeiro/Fevereiro 2015) mapeou-se os habeas corpus impetrados perante os Tribunais Superiores. Relativamente aos temas com maior incidência, destacou-se a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o erro na dosimetria da pena, a prisão cautelar, a aplicação do princípio da insignificância e

o excesso de prazo da prisão, ou seja, matérias majoritariamente atreladas à prisão cautelar ou às circunstâncias do cumprimento da pena. Conclui-se, portanto, que o maior reflexo de reversão no STJ seria a expressiva e contínua divergência entre as decisões dos tribunais e as do STF e STJ. A culpabilidade propriamente raramente é objeto de questionamento e muito menos de - acolhimento pouco reformada nas instâncias extraordinárias.

8. Ante o exposto, voto pelo indeferimento da liminar, nos exatos termos dos votos divergentes que me antecederam.

4. O caso dos autos reproduz o pedido e a causa de pedir já formulados no HC 126.292, em favor do recorrente e já decidido pelo STF. O habeas corpus foi protocolado em 15/1/2015, enquanto o recurso extraordinário só aportou nesta Corte em 16/4/2016, evidenciando que o HC, se comparado com o apelo extremo, é instrumento mais célere e eficaz para fazer cessar eventuais ilegalidades incorridas pelas instâncias anteriores. Não passa despercebido, nas circunstâncias do caso, que o recurso extraordinário configura hipótese típica de instrumento exclusivamente destinado a prolongar o curso do processo. Seu objeto não diz respeito ao mérito da condenação, nem evoca questões relacionadas à culpabilidade ou à fixação da pena. Visa, unicamente, evitar o trânsito em julgado.

5. Propõe-se, assim, a reafirmação da atual jurisprudência desta Corte, fixando, para efeitos de repercussão geral, a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

6. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada e pela reafirmação da jurisprudência sobre a matéria, negando provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 21 de outubro de 2016.

Ministro Teori Zavascki

Relator

Documento assinado digitalmente