

HABEAS CORPUS 136.720 PARAÍBA

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : JOSÉ VONALDO GREGÓRIO DE SOUSA
IMPTE.(S) : OZAEL DA COSTA FERNANDES
ADV.(A/S) : HUGO ABRANTES FERNANDES
ADV.(A/S) : TELSON LUÍS CAVALCANTE FERREIRA
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO ARESP Nº 926.894 E DO HC Nº 344.503 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO PUBLICADO E AS NOTAS TAQUIGRÁFICAS. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE CONDICIONA O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO DO RÉU CONSUBSTANCIADO EM COISA JULGADA. VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS*. DIREITO CONSTITUCIONAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I – Faz coisa julgada o direito assegurado expressamente ao réu, na sentença condenatória, de somente iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado, quando tal condição não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público.

II – Não é possível agravar a situação do réu quando o recurso é exclusivo da defesa, sob pena de vedada *reformatio in pejus*.

III - A antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar.

IV - O texto constitucional é expreso em afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988).

V - Eventuais interpretações restritivas devem ser feitas com extrema cautela, a fim de evitar um indesejável retrocesso quanto aos direitos e garantias fundamentais.

HC 136720 / PB

VI – Ordem concedida em parte.

Em elaboração

HABEAS CORPUS 136.720 PARAÍBA

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : JOSÉ VONALDO GREGÓRIO DE SOUSA
IMPTE.(S) : OZAEL DA COSTA FERNANDES
ADV.(A/S) : HUGO ABRANTES FERNANDES
ADV.(A/S) : TELSON LUÍS CAVALCANTE FERREIRA
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO ARESP Nº 926.894 E DO HC Nº 344.503 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de José Vonaldo Gregório de Sousa, contra decisão do relator do ARESP 926.894/PB e HC 344.503/PB, Ministro Jorge Mussi do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

A defesa alega que o paciente foi condenado a 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do Código Penal) e mais 8 meses de detenção pelo delito de usura (art. 4º da Lei 1.521/1951).

Informa que, ao julgar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – TJPB reduziu a pena para 3 anos e 9 meses de reclusão considerada a inserção de dados falsos e para 6 meses de detenção em face do ilícito de usura.

Aduz, ainda, que o TJPB teria mitigado o regime de cumprimento da pena substituindo o fechado pelo aberto, além de considerar a possibilidade de substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos.

Não obstante, do acórdão publicado na imprensa oficial, constou a pena de 5 anos de reclusão pelo crime contra a Administração Pública e a de 6 meses de detenção para o ilícito contra a economia popular, ambas a serem cumpridas em regime inicial semiaberto.

HC 136720 / PB

Sustenta a defesa que o acórdão foi publicado com erro material, pois a redução da pena para 3 anos e 9 meses foi afirmada no voto do Desembargador relator e posteriormente reafirmada, quando do esclarecimento de questão de ordem formulada pelo advogado do paciente, durante a sessão de julgamento da apelação, conforme registrado nas notas taquigráficas.

Foram opostos embargos declaratórios perante o TJPB, que os rejeitou sob o fundamento de que não ocorreu omissão ou contrariedade no julgado e que “todas as matérias apontadas no recurso foram devidamente julgadas” (pág. 1 do documento eletrônico 9).

Contra tal decisão, foi impetrado *habeas corpus* perante o STJ (HC 344.503/PB), no qual a liminar foi indeferida, em dezembro de 2015, e cujo mérito ainda encontra-se pendente de julgamento.

A defesa também interpôs agravo em recurso especial no STJ (ARE 926.894/PB). Este recurso ainda não teve o mérito julgado. Entretanto, o Ministro Jorge Mussi proferiu a seguinte decisão, *verbis*:

“Seguindo o novo posicionamento da Suprema Corte, que no julgamento do HC n.º 126.292, por maioria de votos, entendeu que ‘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’, e tendo em vista que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, defere-se o pedido formulado pelo *Parquet* Federal às e-STJ fls. 1.088/1.090.

Encaminhe-se cópia dos autos ao Juízo da condenação a fim de que tome as providências cabíveis para o início da execução da pena imposta à parte recorrente” (documento eletrônico 3).

HC 136720 / PB

Contra essa decisão é o presente *writ*, com pedido de liminar “para impedir a execução da sentença condenatória sob o regime semiaberto, até o julgamento do HC” (pág. 12 do documento eletrônico 1).

Deferi a liminar em 20/10/2016, para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento de mérito do presente *writ*.

O TJPB e o STJ prestaram informações, contantes dos documentos eletrônicos 32 e 34, respectivamente.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 136.720 PARAÍBA

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Inicialmente, entendo que o caso exige a superação do que dispõe a Súmula 691 desta Corte.

Isso porque a alegação de divergência entre o acórdão do julgamento do recurso de apelação e as notas taquigráficas aparentava, *primo oculi*, ser dotada de certa razoabilidade e causadora de dano irreparável ao paciente.

Com efeito, em um exame perfunctório, a leitura das notas taquigráficas sugere a existência de discrepância entre estas e a parte dispositiva do acórdão publicado, levando a crer que o TJPB teria reduzido as penas de 8 anos de reclusão e 8 meses de detenção, inicialmente aplicadas pelo magistrado de piso, para de 3 anos e 9 meses e não 5 anos e 6 meses, como ficou consignado no acórdão.

Ademais, registro que constou das notas taquigráficas que o regime de cumprimento da pena, ao invés de fechado, seria o aberto, tendo o relator, inclusive, assentado a possibilidade de substituição da pena corporal pela restritiva de direitos, *verbis*:

“[...]”

O SENHOR DESEMBARGADOR MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA (Juiz Convocado):

- Reduzo a pena-base em 03 anos e 09 meses de reclusão e 06 meses de detenção. É porque houve aqui um erro material na soma. São 03 anos e 09 meses de reclusão. Aqui eu passo o regime para aberto e 06 meses de detenção, também em regime aberto. Somando-se as duas penas, eu teria 03 anos e 09 meses de reclusão mais 06 meses de detenção. E, nesse caso, haveria a possibilidade de se aplicar a substituição por pena restritiva.

Corrigido esse somatório. Eu estou fazendo essa redução. Não é meu revisor?

O SENHOR DESEMBARGADOR MANOEL GONÇALVES DANTAS DE ABRANTES (Juiz Convocado):

- Exatamente.

O SENHOR DESEMBARGADOR JOÃO BENEDITO DA SILVA (Presidente):

- Em 03 anos e 09 meses de reclusão...(intervenção).

O SENHOR DESEMBARGADOR MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA (Juiz Convocado):

- Fixo o regime aberto, porque são penas distintas. A reclusão é cumprida primeiro, não é superior a 04 anos. E detenção em regime aberto também em 06 meses, cumprida depois do cumprimento da reclusão. Então, é cabível a substituição sim. Eu substituo por duas restritivas de direito a critério da execução penal. É como estou votando.

[...]

Resultado: Deu-se provimento parcial ao apelo para redimensionar as penas, substituí-las por duas restritivas de direito, além de modificar o regime prisional para o aberto, nos termos do voto do Relator, unânime” (documento eletrônico 8).

Observo, ainda, que o próprio acórdão, na versão publicada na imprensa oficial, apresenta certa contradição. A pena de 5 anos e 6 meses ficou consignada na ementa, bem como o regime semiaberto para o seu cumprimento inicial. Porém, na parte dispositiva, consta a substituição da pena restritiva de liberdade por duas restritivas de direitos e alteração do regime para o aberto, no mesmo sentido das notas taquigráficas. Vejamos:

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES E USURA – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO – PEDIDO DE ABSORÇÃO DO DELITO DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES PELA USURA – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – NÃO VERIFICAÇÃO – DELITOS INDEPENDENTES ENTRE SI – ALEGAÇÃO DE PECULATO

ELETRÔNICO NA FORMA TENTADA – AUSÊNCIA DE DANO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IRRELEVÂNCIA – TIPO PENAL ALTERNATIVO – OBTENÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA PELO AGENTE – CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA – NÃO CONFIGURAÇÃO – AGENTE CRIMINOSO QUE AGIA NA QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO AUTORIZADO – PREENCHIMENTO DA ELEMENTAR PREVISTA NO ART. 313-A – RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO RÉU – REDUÇÃO DA PENA-BASE – ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DA PENA PARA O SEMIABERTO – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NÃO SUBSTITUÍDA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO – VEDAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP – PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

[...]

- A fixação do regime inicial de cumprimento da pena, far-se-á com base no art. 33 do Código Penal, levando-se em consideração os critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal. Na hipótese dos autos, **considerando não ser o acusado reincidente e a sua reprimenda ter sido diminuída para 5 (cinco) anos de reclusão e 6 (meses) de detenção, fixo o regime semiaberto** para o cumprimento inicial da pena.

- O réu terá direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito sempre que preencher as condições elencadas nos inciso do art. 44 do Código Penal. Entre aquelas condicionantes está a proibição de ter sido aplicada, ao crime doloso, pena privativa de liberdade superior a quatro anos.

ACORDA a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à **unanimidade, em dar provimento parcial ao apelo para redimensionar as penas, substituí-las por duas restritivas de direitos, além de modificar o regime prisional para o aberto.** Fez sustentação oral o Adv. Ozael da Costa Fernandes” (fls. 9-10 do documento eletrônico 7; grifos meus).

Atentando para essas peculiaridades, entendi presentes os requisitos para a concessão da medida liminar, considerando, em especial, que o *periculum in mora* decorre do fato de que o paciente estava sujeito à uma ordem de prisão para iniciar o cumprimento de uma pena restritiva de liberdade, a qual, à primeira vista, não era aquela que havia-lhe sido imposta, mas outra mais gravosa.

E, quanto ao *fumus boni iuris*, verifiquei que este encontrava respaldo na alegação de que o acórdão, prestes a ser executado, poderia conter erro material grosseiro, quando confrontado com as notas taquigráficas.

Essas foram as razões para a concessão da cautelar, a fim de que o paciente pudesse aguardar, em liberdade, o julgamento de mérito do presente *habeas corpus*.

Contudo, prestadas as informações pelo TJPB, entendo que é improcedente a alegação de divergência entre as notas taquigráficas e o acórdão publicado.

Sim, porque, após um exame mais detido da documentação juntada aos autos, é possível verificar que o paciente estava sendo julgado por dois crimes: inserção de dados falsos (peculato eletrônico) e usura.

Ao decidir a apelação, o TJPB reduziu a pena imposta a ambos os delitos. Em relação à inserção de dados falsos, apenas reduziu a pena-base para 3 anos e 9 meses, mas manteve “nos demais termos da dosimetria feita na sentença pelo juízo *a quo*, ou seja, aplicou-lhe, na terceira fase da fixação da reprimenda, a causa especial de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP (funcionário público ocupante de cargo em comissão)”, alcançando a reprimenda final de 5 anos de reclusão (documento eletrônico 32).

Já quanto ao crime de usura, a pena foi reduzida de 8 para 6 meses de detenção. Assim, a soma final resultou em 5 anos de reclusão e mais 6 meses de detenção, a ser cumprido no regime semiaberto, sem possibilidade de substituição.

Destarte, não há qualquer ilegalidade no acórdão publicado, nem mesmo divergência entre este e as notas taquigráficas, uma vez que, quando a defesa perguntou ao Desembargador-Relator se a pena teria sido reduzida para 3 anos e 9 meses, este confirmou o fato, mas referia-se à pena-base e não à reprimenda final do crime de inserção de dados falsos. Vejamos trecho do voto condutor:

“[...]”

O Juiz fixou a pena-base em 8 anos de reclusão, isso está além da média, sem que fosse fundamentado nesse sentido. Acima da média, 8 anos de reclusão. Quando as circunstâncias seriam favoráveis ao agente. E por conta disso, estou provendo parcialmente o recurso e reduzindo esta pena e mantenho os demais termos da sentença, ou seja, estou tornando uma pena, pelo crime de usura, não em 8 meses de detenção, em 6 meses de detenção. E pelo crime do delito de inserção, eu estou aplicando 3 anos e 9 meses e não 8 anos de reclusão, mantendo os demais termos da dosimetria da pena. Então, a pena em definitiva ficaria em 5 anos de reclusão. Ele tem 5 anos de reclusão, tornando a definitiva pela prática do referido. Ele tem 5 anos de reclusão e somando efetivamente, nos termos do art. 69, que é concurso material, a pena do acusado restaria totalizada em 5 anos de reclusão e 6 meses de detenção, estou fixando o regime semiaberto. Não aplico a substituição da pena porque há óbice do art. 44, I, a pena é superior a 4 anos. Mas estou concedendo o regime semiaberto, como regime inicial para o cumprimento. Por isso estou provendo parcialmente o recurso nesses termos” (pág. 6 do documento eletrônico 8).

Após a conclusão do voto do relator, a defesa levantou o

HC 136720 / PB

questionamento que possivelmente causou a aparente contradição explorada neste HC, conforme segue:

“Senhor Presidente, não sei se entendi bem. Vossa Excelência disse no início que estaria reduzindo a pena do peculato eletrônico para 3 anos e 9 meses. Não sei se houve algum impasse nesse sentido. Vossa Excelência reduz para 3 anos e 9 meses e reduz para 6 meses em relação à agiotagem?” (pág. 6 do documento eletrônico 8).

Ao responder, o Desembargador-Presidente do colegiado reafirma: “Reduzo a pena-base em 3 anos e 9 meses de reclusão e 6 meses de detenção” (pág. 6 do documento eletrônico 8).

Porém, ao complementar a resposta, o julgador do TJPB acaba tratando a pena-base como definitiva, gerando a dúvida na defesa que motivou o presente *writ*:

“[...]”

É porque houve aqui um erro material na soma. São 3 anos e 9 meses de reclusão. Aqui eu passo o regime para o aberto e 6 meses de detenção, também em regime aberto. Somando-se as duas penas, eu teria 3 anos e 9 meses de reclusão mais 6 meses de detenção. E, nesse caso, haveria possibilidade de se aplicar a substituição por pena restritiva. Corrigido esse somatório. Eu estou fazendo essa redução” (pág. 7 do documento eletrônico 8).

Todavia, depois da leitura integral das notas taquigráficas, é possível verificar que a complementação final da resposta ao questionamento da defesa encontra-se dissociada da fundamentação jurídica apresentada pelo Desembargador Relator em seu voto.

É que somente a pena-base do crime de inserção de dados falsos foi reduzida de 8 para 3 anos e 9 meses, mantida a agravante correspondente

HC 136720 / PB

a ser o autor ocupante de cargo público, ficando definitivamente estabelecida em 5 anos de reclusão, após a terceira fase da dosimetria.

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral da República, ao esclarecer que:

“[...]”

No mérito, no acórdão do Tribunal de Justiça, o apelo foi parcialmente provido para em relação ao crime de inserção de dados falsos reduzir a pena-base para 3 anos e 9 meses, mantidos os demais termos da sentença (compensação das circunstâncias agravante e atenuante e manter o aumento de 1/3), fixar a pena em 5 anos de reclusão. No tocante ao crime de usura, reduzir a pena-base para 8 meses, mantidos os demais termos da sentença (confissão espontânea e redução da pena em 2 meses), fixar a reprimenda em 6 meses de detenção. Somadas as penas, totalizaram 5 anos de reclusão e 6 meses de detenção, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, sem a substituição por restritiva de direito.

Com efeito, eventual equívoco nas notas taquigráficas foi suprido pelo Colegiado no julgamento dos dois aclaratórios, *verbis*:

‘De acordo com as notas taquigráficas juntadas, fls. 562, o nobre relator da apelação nº 0000352-45.2013.815.0151 reduziu a pena-base do acusado relativa ao peculato eletrônico, para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantendo os demais termos da dosimetria feita na sentença pelo Juízo *a quo*, ou seja, aplicou-lhe, na terceira fase da fixação da reprimenda, a causa especial de aumento de pena prevista no art. 327, §2º, do CP, incidente em razão do autor do crime, à época, ser ocupante de cargo em comissão da Administração Pública no Município de Conceição, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão. Na sequência, quando indagado pelo advogado do réu, ora recorrente, acerca da diminuição da reprimenda, mais uma vez o relator do

apelo se reportou à redução da pena-base para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão. 'Em seguida, diante da pena definitiva, relativa ao crime previsto no art. 313-A do CP, ter atingido o *quantum* de 5 (cinco) anos de reclusão, fixou-se, devidamente o regime prisional, inicial, semiaberto, não havendo que se falar em substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos. 'A lavratura do acórdão, por sua vez, deu-se de forma coerente com o voto do referido relator, sendo oportunas as explicações acima apenas para aclarar o decidido na sessão de julgamento, no que tange à dosimetria da pena relativa do crime de peculato eletrônico e seus efeitos. 'Nesse diapasão, não há de se falar em divergência entre a decisão proferida na sessão de julgamento e o acórdão, vez que o conteúdo do voto escrito está em consonância com o veredicto proferido, verbalmente, pelo relator da apelação naquela reunião.

Desse modo, observa-se que toda a matéria necessária ao julgamento da lide foi devidamente apreciada, sendo totalmente impertinente o presente recurso''.

Neste ponto, pois, a ordem deve ser denegada.

No tocante ao direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o pedido de *habeas corpus* merece prosperar.

Ocorre que, na espécie, por ocasião da sentença condenatória, o magistrado de piso condicionou o início da execução da pena ao trânsito em julgado da sentença. Vejamos:

“Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados; remeta-se o Boletim individual, devidamente preenchido, à Secretaria de Segurança Pública; oficie-se à

Justiça Eleitoral, para fins de suspensão dos direitos políticos pelo prazo da pena; expeça-se mandado de prisão; expeça-se guia de recolhimento” (grifei).

Num primeiro momento, é possível entender que o juiz havia condicionado ao trânsito em julgado somente o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Entretanto, analisando os autos, percebe-se que não há expedição de mandado de prisão e nem da guia de recolhimento do réu. Reforçando essa compreensão constata-se que o ofício à Justiça eleitoral também só se mostra cabível com o trânsito em julgado, nos termos do art. 15, III, da CF/1988:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Ademais, o paciente apelou em liberdade e, após o julgamento da apelação, o TJPB também o manteve livre. O réu somente foi submetido à prisão no curso do julgamento do REsp (ainda não concluído), por meio da nova praxe do *Parquet* de requerer a extração de cópias dos autos à primeira instância para o início da execução antecipada da pena.

Diante de tais fatos é que fica claro que o magistrado de piso garantiu ao réu o direito de iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado.

Tal direito conferido ao paciente não foi objeto de recurso de apelação por parte do *Parquet*, de modo a consubstanciar-se em coisa julgada.

Ao decidir o apelo da defesa, o TJPB também manteve o direito de recorrer em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença penal

HC 136720 / PB

condenatória, uma vez que não determinou a imediata execução da pena ou a expedição do mandado de prisão.

Entretanto, ao analisar recurso especial interposto pela defesa, o Superior Tribunal de Justiça revogou um direito que lhe tinha sido conferido desde a primeira instância, sem contestação pelo Ministério Público, agravando indevidamente a situação do recorrente.

Na prática, o STJ incorreu em verdadeira *reformatio in pejus*, pois a condicionante de início da execução da pena somente após o trânsito em julgado já configurava coisa julgada em favor do réu, tornando-se imutável, quanto mais em recurso exclusivamente da defesa.

A propósito, leia-se o que preceitua o art. 617, *in fine*, do Código Penal, *litteris*:

“Art. 617 O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

Na espécie sob exame, como visto, ficou consignado no dispositivo da sentença que o paciente poderia apelar em liberdade. Esse comando, a meu ver tornado definitivo, não pode ser interpretado restritivamente, impedindo o exercício do direito de recorrer em liberdade. Em outras palavras, soa até teratológico que o Tribunal determine a imediata prisão de um réu, depois de julgado o recurso de apelação, sem que o titular da ação penal incondicionada tivesse recorrido contra a decisão que facultou ao acusado aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Com efeito, a antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à saciedade, e com base em

elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar.

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

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

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

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

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

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

No mesmo sentido, já se anotavam decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, das quais destaco o HC 2017.03.00.002292-3/SP, no qual o Desembargador Federal Maurício Kato consignou que **“o princípio da presunção da inocência, ainda que não absoluto, obsta a execução provisória da sentença condenatória nos casos em que se mostre possível assegurar ao acusado o direito à liberdade provisória”** (grifei).

Ademais, convém lembrar que o texto constitucional é expresso em afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988). Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Eventuais interpretações restritivas devem ser feitas com extrema cautela, a fim de evitar um indesejável retrocesso quanto aos direitos e garantias fundamentais.

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

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

Reitero, como já afirmei alhures, que não se mostra possível

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

Permito-me rememorar que, por ocasião do julgamento do HC 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, eu trouxe a colação o ensinamento de três eminentes professores, titulares de legislação processual, da Universidade de São Paulo, os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Scarance Fernandes, de cujas lições selecionei um pequeno trecho:

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

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

Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do STF com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o

HC 136720 / PB

sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação falimentar.

Naquela ocasião, a Corte, de forma uníssona, afirmou que as nossas prisões encontram-se num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da nossa Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea.

Isso posto, e tendo em conta que a conclusão a que chego neste *habeas corpus* em nada conflita com a decisão majoritária desta Corte, acima criticada, com o respeito de praxe, concedo, em parte, a ordem, a fim de que o paciente possa aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.