

HABEAS CORPUS 137.063 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) :A.P.J.A.
IMPTE.(S) :JOAO CARLOS CAMPANINI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) :RELATOR DO RHC Nº 74.953 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de A.P.J.A., contra o indeferimento da medida de urgência pleiteada no RHC 74.953/SP, apresentado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Consta da inicial que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, pela prática dos delitos previstos no art. 308, § 1º (corrupção passiva, com a pena aumentada por ter o agente retardado ou deixado de praticar ato de ofício ou o praticado infringindo dever funcional), combinado com o art. 53 (coautoria), do Código Penal Militar, e com o art. 71, *caput* (crime continuado), do Código Penal, em regime inicial semiaberto.

No julgamento do recurso de apelação a sentença não foi reformada. A defesa informa que, posteriormente, interpôs recursos especial e extraordinário, ainda pendentes de julgamento.

Aduz que impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, no entanto, denegou a ordem.

Afirma que, diante da ilegalidade da medida, foi impetrado recurso em *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que a medida liminar foi monocraticamente indeferida, sendo esse o ato ora atacado nesta nova impetração.

Registra que foi expedido mandado de prisão em 14/7/2016, com o subsequente recolhimento do paciente ao presídio militar, “*a fim de começar*

a cumprir IMEDIATAMENTE A PENA PROVISÓRIA” (pág. 3 do documento eletrônico 1).

O impetrante argumenta, então, que a prisão, para ser decretada ou mantida, “deve partir de fundamentação concreta, apta a demonstrar cabalmente o *periculum libertatis* e o *fummus comissi delicti*, mas no caso em tela, não fora nada demonstrado *in concreto*” (pág. 5 do documento eletrônico 1). Além disso, aponta que

“[...] o C. Tribunal Superior *a quo*, data vênua, não se preocupou em demonstrar de maneira alguma o perigo do paciente em liberdade, limitou-se apenas em dizer que o pedido liminar confunde-se com o próprio mérito e que nada restou demonstrado.

Desta forma, nota-se que os argumentos embasadores para negar a liminar não merecem prosperar, ora Excelência, o indeferimento da liminar, não pode se dar da forma em que ocorreu” (pág. 5 do documento eletrônico 1).

Sustenta, em suma, a deficiência da fundamentação da decisão que indeferiu a medida liminar no recurso em *habeas corpus*, apontando, ainda, a impossibilidade da execução de condenação criminal antes do trânsito em julgado da decisão, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência.

Alegando ser premente a necessidade de concessão da medida liminar para evitar constrangimento ilegal, pede o afastamento da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal - STF.

Ao final pede, liminarmente, a concessão da ordem para determinar expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Em 21/9/2016, indeferi o pedido de liminar, solicitei informações e determinei, na sequência, que fosse ouvido o Procurador-Geral da República (documento eletrônico 55).

As informações foram prestadas, conforme documento eletrônico 58.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, manifestou-se pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem (documento eletrônico 59).

Posteriormente, a Corte Superior enviou informações atualizadas, nas quais noticiavam a superveniência da decisão monocrática que não conheceu do recurso em *habeas corpus* (documento eletrônico 60) e do julgamento do agravo regimental interposto, ao qual a Sexta Turma deu parcial provimento apenas para prover o recurso especial interposto, em acórdão que foi assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. CORRUPÇÃO PASSIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. POSSIBILIDADE. JUNTADA DE PEÇA FALTANTE. RECONSIDERAÇÃO PARCIAL DA DECISÃO AGRAVADA. MATÉRIA SUSCITADA NA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. AGRAVO PARCIALMENTE COLHIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO O RECURSO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, das ADCs n. 43 e 44, e, posteriormente, do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que 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. Confirmada a condenação do réu pela Corte local e admitido o recurso especial interposto contra o acórdão, é possível a execução imediata da pena, porquanto ocorreu o exaurimento da instância ordinária.

3. O Tribunal de origem afirma, no acórdão recorrido, que a questão atinente à suposta similitude fática entre a situação do ora recorrente e do corréu Osmar Jatobá Júnior já havia sido apreciada no julgamento do recurso de apelação e dos embargos declaratórios subsequentes. No entanto, a matéria não foi apreciada em tais julgados, de forma que deve ser examinada neste recurso.

4. Agravo regimental provido em parte e, nessa extensão, provido o recurso especial, nos termos do voto do Relator" (pág. 1 do documento eletrônico 61; grifei).

É o relatório necessário. Decido.

Bem examinados os autos, tenho que o caso é de concessão da ordem, tal como postulado pelos impetrantes.

Conforme relatado, a questão trazida neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade ou não de execução provisória da pena depois de julgado o recurso em segundo grau de jurisdição, em que pese a tese fixada pelo Plenário desta Corte no julgamento do HC 126.292/SP e reafirmada no ARE 964.246/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional envolvida, ambos de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, oportuna é a transcrição do comentário de Guilherme de Souza Nucci sobre a guinada do entendimento desta Suprema Corte, verificada no julgamento do HC 126.292/SP:

“Deve-se respeitar a atual posição do Pretório excelso, pois a ele é dado a competência para avaliar atos e normas constitucionais. Em nosso entendimento, **muito disso se deve à chamada operação Lava Jato, que, a pretexto de combater a corrupção, vem atropelando alguns direitos humanos fundamentais. Esperamos que tal aspecto histórico brasileiro não se prolongue por muito tempo**; afinal, o cidadão pobre não tem como suportar uma justiça ágil para prendê-lo e ineficiente para apurar a verdade”¹ (grifei).

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

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

Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juriconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à

¹ *In Código de processo penal comentado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 730.

toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação *in malam partem*.

Em consonância como dispositivo constitucional supramencionado, o art. 283 do Código de Processo Penal e o art. 594 do Código de Processo Penal Militar dispõem, respectivamente, que:

“Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver prêso ou vier a ser prêso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena” (grifei).

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (grifei).

Muito bem. Ao comentar o dispositivo da lei processual penal, Eugênio Pacelli consigna que “a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena”. O referido autor continua, afirmando que,

“[a]ntes dela (da Lei nº 132.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.

No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.

Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória”²(grifei).

No mesmo sentido é a posição de Guilherme de Souza Nucci, para quem “a solidificação da pena, após a sentença condenatória, perpetua-se em face do trânsito em julgado”. Segundo o mencionado doutrinador, “essa situação processual sempre obteve, doutrinária e jurisprudencialmente, uma única definição: forma-se a coisa julgada material (trânsito em julgado), quando se esgotam todos os recursos possíveis contra determinada decisão”³. Semelhante raciocínio pode ser transportado para os processos em trâmite na Justiça Militar.

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

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

[...]

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

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

² PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. *In Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*.

9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, pág. 590.

³ *In Código de processo penal comentado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 730.

de modo que, com espeque no art. 5º, LVII da CF, todos são plenamente aplicáveis.

Outrossim, consigno que, em nosso sistema jurídico, desde 1988, o trânsito em julgado da decisão condenatória sempre se deu com o esgotamento de todos os recursos e instâncias ordinárias e extraordinárias.

Alterar essa realidade jurídica exigiria novo disciplinamento constitucional e legal, que só poderia se dar via Congresso Nacional, e não pelo Poder Judiciário, uma vez que a posição do constituinte originário, ainda que não agrade àqueles que perfilham da posição até então majoritária nesta Suprema Corte, exige que seja trilhado o caminho previsto na Constituição Federal, como se espera de um Estado que, além de Democrático, também é de Direito.

Ademais, foi opção do constituinte de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros Estados, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Acrescento, ainda, que, segundo remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, ainda que fosse o caso de decretação da prisão cautelar, não bastaria a mera menção à gravidade do crime ou a afirmação abstrata de que o réu oferece perigo à sociedade para justificar a imposição da privação da liberdade. Também não seria suficiente para tal a simples conjectura de que, em tese, a ordem pública poderia ser abalada com a soltura do acusado.

O STF, como se sabe, tem repellido, de forma reiterada e enfática, a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente.

Isso porque a detenção de alguém, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, reveste-se de caráter excepcional, sendo regra – nos países civilizados - a preservação da liberdade de ir e vir das pessoas. Assim, afigura-se inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena.

Se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão, em nosso ordenamento jurídico, das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.

Como se vê, a subtração antecipada desse direito fundamental somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas. Inexiste em nosso sistema legal, insisto, a prisão automática.

A custódia antes da condenação transitada em julgado, como se sabe, apenas é autorizada se demonstrada a real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação literal de tais condicionantes. Nesse sentido Renato Brasileiro Lima afirma que, “é indispensável que o magistrado aponte, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que apontam no sentido da adoção da medida cautelar, sob pena de manifesta ilegalidade do decreto prisional” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. 1. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1.373).

No HC 115.613/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma desta Suprema Corte também referendou esse entendimento:

“[...]”

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária”.

Na espécie, é possível verificar que a fundamentação (pág. 1 do documento eletrônico 3) utilizada para decretar-se a prisão do paciente mostrou-se frágil, inidônea, porquanto apenas fez referência à ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e ao julgamento do Plenário desta Suprema Corte, que, repito, embora tenha sinalizado possível mudança de entendimento jurisprudencial, não possui qualquer eficácia vinculante, nos termos do que dispõem os arts. 102, § 2º, e 103-A, *caput*, da Constituição Federal.

Em verdade, pode-se afirmar que a decisão, que apenas faz remissão a julgado deste Tribunal para decretar a prisão do paciente, não se afigura revestida de motivação hábil, sobretudo se contrastada com o art. 5º, LXI, do texto constitucional, que assegura a todos o direito de não ser preso “senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei**” (grifei).

Além disso, tal *decisum*, ao que tudo indica, também não se amolda ao art. 93, IX, da Lei Maior, que exige a motivação de todas as decisões judiciais “**sob pena de nulidade**” (grifei).

Ainda que se entenda, *ad argumentandum tantum*, que a decisão do STF invocada pelo Tribunal *a quo* pudesse ter efeito vinculante, em se tratando de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5º, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a **situação particular** do condenado.

Essa é a orientação pacífica deste Tribunal, segundo a qual

“A exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar” (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo século XVIII, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que “*le roi le veut*”, ou seja, “o rei o quer”. No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que não se pode hoje atender a uma determinação judicial ou, pior, mandar alguém para a prisão simplesmente porque “*le juge le veut*”, quer dizer, porque “o juiz o quer”.

Daí a previsão - ainda que tardiamente acolhida entre nós - dos arts. 5, LXI, e 93, IX, da Constituição de 1988, os quais exigem expressamente a motivação das ordens judiciais, que não podem emanar da simples vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

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 sociedade, 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. Rogerio Schietti Cruz; grifei).

No mesmo sentido, já se anotavam decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, das quais destaco o HC 2017.03.00.0022923/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).

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.

Observe-se, além disso, que a decisão proferida no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, não respeitou, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que deu azo ao início do cumprimento de pena tanto do indivíduo absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau de jurisdição, bem como daquele que apenas foi condenado em segunda instância, por ter foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal.

Essa última hipótese, inclusive, tive a oportunidade de analisar, no exercício da Presidência (art. 13, VIII do RISTF), quando deferi a liminar no HC 135.752 MC/PB, de relatoria do Ministro Edson Fachin, para suspender a execução provisória do paciente, utilizando, dentre outros, os seguintes fundamentos:

Não bastasse isso, observo que, **na hipótese sob exame, nem ao menos se assegurou ao paciente o duplo grau de**

jurisdição, implícito no art. 5º, LV, da CF, como se observa da leitura de trecho significativo do acórdão combatido:

7. É verdade que, na hipótese presente, como um dos réus tem foro especial por prerrogativa de função, a Ação Penal é de competência originária do TRF, inexistindo sentença de Juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Colegiado. No entanto, tal situação não afasta a aplicação do entendimento do STF, uma vez que está encerrada a análise fático-probatória da Ação Penal nº 37/PB, com condenação por Órgão Colegiado. Precedentes do STJ'.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o duplo grau de jurisdição integra a cláusula do *due processo of law*, a qual compreende não apenas um conjunto de regras de caráter formal e substantivo destinado a assegurar a regularidade do processo judicial, mas também uma garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades.

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

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

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

Desse modo, não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram o Código de Processo Penal – instrumento cuja

finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi estatal* – **derroque a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal**, nela abrigado, em distintas ocasiões acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas – que fique claro – ao Pacto de San José da Costa Rica, dentre outras convenções internacionais de proteção aos direitos humanos (grifei).

Registro, no entanto, que o Eminentíssimo Relator do feito, Ministro Edson Fachin, posteriormente negou seguimento à impetração, aplicando ao caso o entendimento consolidado na Súmula 691. Em seguida, no julgamento do agravo regimental interposto, a Primeira Turma desta Suprema Corte negou provimento ao recurso.

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

No que pertine ao art. 637 do CPP, o qual dispõe ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, permito-me rememorar que, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, trouxe à colação o ensinamento de três eminentes professores, titulares de legislação processual, da Universidade de São Paulo, os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Scarance Fernandes, de cujas lições selecionei um pequeno trecho:

“Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título

condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)”.

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

Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País 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 Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea.

Não bastasse tudo o que até aqui foi exposto, observo que, na hipótese sob exame, ficou consignado no dispositivo da sentença condenatória que o paciente poderia apelar em liberdade – comando que, a meu ver, não pode ser interpretado restritivamente, impedindo, por conseguinte, que o Tribunal de segunda instância determine sua prisão depois de julgado este recurso. Transcrevo a parte dispositiva da decisão:

“Ante o exposto o Conselho Especial de Justiça, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou a pretensão punitiva procedente em parte:

[...]

- CONDENOOU a 6 (seis) anos e 8 (oito) de reclusão, em regime semiaberto, **com direito de apelar em liberdade**, A.P.J.A. dado por incurso diversas vezes no art. 308, §1º, c. c. O art. 53 do CPM e art. 71 do CP e o ABSOLVEU da imputação do crime de concussão (art. 305, CPM) com fulcro no art. 439, 'a', segunda parte, do CPPM" (págs. 9-10 do documento eletrônico 9; grifei).

Outrossim, quando do exame da liminar nos autos do HC 140.217/DF, também de minha relatoria, deferi a medida acauteladora para suspender a execução provisória da pena imposta a paciente que se encontrava em flagrante constrangimento ilegal, considerada a situação excepcional apresentada naquele caso. Eis os fundamentos então apresentados:

A impetração funda-se na suposta violação da coisa julgada de parte da sentença condenatória que teria assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Alega-se, dessa forma, que, como esse aspecto não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público, e, portanto, na segunda instância, o paciente teria direito de recorrer em liberdade, porquanto tal situação implicaria a formação da coisa julgada no ponto.

É que, na sentença, determinou-se 'aos réus o direito de recorrerem [...] em liberdade, uma vez que, a despeito da gravidade dos delitos praticados, não se encontram segregados provisoriamente pelo presente feito, pois ausentes os pressupostos da prisão preventiva' (pág. 17 do documento eletrônico 2).

E, no acórdão, o recurso dos réus foi conhecido e parcialmente provido para afastar a pena de multa, sendo o do *Parquet* também parcialmente provido, apenas para 'decretar a perda do cargo público de auditor tributário do primeiro e da segunda apelantes e para estabelecer o regime semiaberto de cumprimento da pena privativa de liberdade a todos os réus' (pág. 8 do documento eletrônico 4).

Em seguida, o Ministério Público, tendo em conta a decisão deste Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki – que afirmou a possibilidade do início da execução da pena após condenação em segunda instância –,

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

Vê-se, portanto, que a situação dos autos é teratológica, uma vez que, **em decorrência de uma petição incidental do Parquet, o juízo utilizou-se de uma forma imprópria para modificar a fundamentação do acórdão**, valendo-se de expediente não agasalhado pela legislação processual penal, o que configura, *mutatis mutandis*, uma *reformatio in pejus*, vedada pelo art. 617 do Código de Processo Penal.

Com efeito, **tal capítulo da sentença não foi objeto de reforma pelo Tribunal de Justiça, não havendo falar, agora, em possibilidade de alterar-se uma decisão judicial**, ainda pendente de recurso nos tribunais superiores, sem que tal se dê pela via processual apropriada, pela simples razão de o Supremo Tribunal ter alterado a sua jurisprudência no tocante ao tema da execução provisória da pena, ainda não confirmada em julgamento de mérito pelo Plenário - cumpre registrar - de modo a dotá-lo de efeito *erga omnes* e força vinculante.

Para prender um cidadão é preciso mais do que o simples acatamento de uma petição ministerial protocolada em primeiro grau, sobretudo quando estão em jogo valores essenciais à própria existência do Estado Democrático de Direito como a liberdade e o devido processo legal.

A determinação de que a condenação seria executada apenas após o trânsito em julgado faz parte das decisões pretorianas prolatadas em primeiro e segundo graus de jurisdição, as quais em nenhum momento foram atacadas, no ponto, pelos meios processuais adequados. Trânsito em julgado difere substancialmente – como é óbvio – de julgamento em segundo grau. A vontade do magistrado singular e dos juízes que integraram o colegiado recursal manifestaram, explícita e também implicitamente, a vontade de que a primeira das duas hipóteses regesse a eventual prisão do paciente.

A antecipação do cumprimento da pena, no caso singular sob exame, somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, à

saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar (grifei).

No caso sob exame, posteriormente à análise dos embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no julgamento das apelações interpostas pelos acusados, o Juiz Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo revogou um direito que tinha sido conferido ao réu desde a primeira instância, sem contestação, nessa parte, pelo Ministério Público, agravando indevidamente a situação do recorrente, em despacho abaixo transcrito:

“Tendo em vista que a interposição de Recurso Especial e/ou Extraordinário não gera efeito suspensivo, bem como o decidido pelo E. STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292, Ministro Teori Zavascki, remetam-se cópias das principais peças à Auditoria de origem para o cumprimento do v. Acórdão” (pág. 1 do documento eletrônico 3).

Na prática, o Presidente do Tribunal de Justiça Militar incorreu em verdadeira *reformatio in pejus*, pois possibilidade de o acusado recorrer em liberdade já configurava coisa julgada em favor do réu, tornando-se imutável.

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”.

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 tivesse recorrido contra a decisão que facultou ao acusado aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da decisão

condenatória. Nesse sentido, já deferi a liminar ou concedi a ordem, de ofício, nas seguintes impetrações: HC 135.951-MC/DF; HC 137.494AgR/DF; HC 142.012-MC/DF; HC 142.017-MC/DF; HC 142.143-MC/SP; HC 142.162-MC/BA; HC 142.216-MC/SP; HC 144.717-MC/RS; HC 145.560/SP; e HC 145.953-MC/SP.

A propósito, recentemente (25/8/2017), o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido de medida cautelar no RHC 129.663-ED-AgR/RS para suspender a execução provisória da pena de paciente, por entender que,

*“**Assentadas** tais premissas, **passo a examinar** o pedido de medida cautelar ora formulado **nesta** sede processual. **E, ao fazê-lo, saliente** que eminentes Ministros desta Corte, **em diversos processos** [...] **têm concedido provimentos cautelares (ou, até mesmo, deferido o próprio ‘writ’ constitucional) em situações como aquelas, por exemplo, em que Tribunais de inferior jurisdição, ao ordenarem a expedição de mandados de prisão, para efeito de ‘execução provisória’, (a) limitam-se a simplesmente mencionar, sem** qualquer fundamentação idônea, os precedentes **a que aludi** logo no início desta decisão, **ou (b) fazem-no** sem que ainda tenha sido esgotada a jurisdição ordinária, pois penderes de julgamento embargos de declaração **ou** embargos infringentes e de nulidade do julgado (CPP, art. 609, parágrafo único), **ou, ainda, (c) determinam a imediata e antecipada efetivação executória** de seu julgado **com transgressão** ao postulado **que veda** a ‘reformatio in pejus’, **eis que** a ordem de prisão é dada em recursos interpostos **unicamente** pelo réu condenado **a quem se garantira, anteriormente, sem** qualquer impugnação do Ministério Público, **o direito** de aguardar em liberdade a conclusão do processo.*

*O caso ora em análise parece ajustar-se às hipóteses sob (a) e (c), **cabendo destacar, quanto a esse último aspecto, que a colenda Segunda Turma deste Tribunal, em 08/08/2017, iniciou o julgamento,*** suspenso por pedido de vista, **de uma ação** de

“habeas corpus” (HC 136.720/PB), no qual já se formou maioria pela concessão da ordem, em que o eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, propôs o deferimento do ‘writ’ precisamente em virtude de violação ao princípio que proíbe a ‘reformatio in pejus’, em situação na qual o Tribunal apontado como coator ordenou a imediata execução antecipada da pena, fazendo-o, contudo, em recurso exclusivo do réu, a quem se assegurara, sem qualquer oposição recursal do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo, transgredindo-se, desse modo, postulado fundamental que conforma e condiciona a atuação do Poder Judiciário (HC 142.012-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 142.017-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.)” (grifos no original).

Ademais, menciono que, mesmo após o julgamento do HC 135.292/SP, o Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a execução provisória da pena, como pode ser visto nos HCs 144.712-MC/SP, 145.380-MS/SP, 146.006-MC/PE.

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

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

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

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

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

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

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

Portanto, diante de tudo o que foi aqui exposto, vislumbro, no caso sob exame, a existência de manifesto constrangimento ilegal que autoriza a concessão da ordem.

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 a ordem, a fim de que o paciente possa aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 192, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Comunique-se. Publique-se.

Brasília, 12 de setembro de 2017.

HC 137063 / SP

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator