

HABEAS CORPUS 162.943 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
FACTE.(S)	: ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S)	: RAFAEL DA SILVA FARIA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: RELATORA DO HC Nº 468.617 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, contra decisão de Ministra do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pleito cautelar no HC 468.617/RJ (sítio eletrônico do STJ).

Consta do *decisum* combatido que o paciente foi condenado

“[...] pela prática do crime anteriormente denominado de quadrilha (art. 288 do Código Penal), à sanção reclusiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, em regime semiaberto (fls. 438-441). Na ocasião, foi reconhecido seu direito de recorrer em liberdade.

Contra a sentença foram interpostos recursos de apelação pelo Paciente, demais Corréus e Ministério Público Estadual. Julgados em 04/09/2018 pelo Tribunal Regional Federal da 2^a Região. A pena do Paciente pelo delito previsto no art. 288 do Código Penal foi aumentada para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto” (sítio do STJ).

Os impetrantes alegam, em síntese, que

“[...] a inviabilidade da execução provisória da pena imposta ao Paciente é clarividente não apenas sob o prisma dos princípios da legalidade e da presunção de inocência, mas também por conta de sua desnecessidade e da provável modificação do edito condenatório.

Vale citar que a pena do paciente foi ilegalmente elevada ao máximo (passou de 2 anos e 6 meses para 4 anos e 6 meses)

HC 162943 / RJ

com o claro viés de afastar a incidência da prescrição, pois já havia mais de oito anos entre a data da sentença e a do julgamento da apelação.

Tudo isto sem falar nas questões relativas às inúmeras nulidades que permeiam a ação penal (citadas nas razões de apelação), que certamente serão enfrentados nos recursos vindouros e que devem levar à inescapável anulação do processo.

Assim, nesse cenário de incertezas, determinar o cumprimento da pena provisória geraria irreparáveis danos ao paciente" (pág. 11 do documento eletrônico 1).

Ao final, requerem:

"a) LIMINARMENTE:

A concessão de medida liminar para expedir salvo-conduto em favor do paciente, a fim de que possa aguardar em liberdade o julgamento desse *mandamus*.

Acaso sobrevenha a prisão do paciente antes da apreciação da liminar, que seja esta concedida para revogar sua prisão.

b) NO MÉRITO, a concessão da ordem, confirmando a liminar, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos especial e extraordinário a serem enfrentados pelos Tribunais Superiores com relevantes teses de direito" (pág. 29 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário. Decido.

O impetrante insurge-se contra decisão monocrática proferida por Ministro do STJ que, como visto, indeferiu o pleito cautelar requerido no HC 467.244/SC (documento eletrônico 20).

Muito bem. A orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal é

HC 162943 / RJ

firme no sentido de que a superação da Súmula 691 somente se justifica nos casos de flagrante teratologia, ilegalidade manifesta ou abuso de poder, situações nas quais não se enquadra a decisão impugnada.

Ainda que em juízo de mera deliberação, não é possível aferir, no *decisum* questionado, situações aptas a justificar a superação do referido verbete. Infere-se, com efeito, que a Ministra do STJ, ao analisar a impetração do *writ*, apreciou somente os requisitos autorizadores da excepcional medida cautelar e concluiu pela inexistência deles.

Não há nesse ato nenhuma ilegalidade flagrante, tampouco abuso de poder. Muito pelo contrário. Não se pode exigir, nesta fase processual, que o julgador esgote os fundamentos pelos quais a ordem deva ou não ser concedida. Se a argumentação do impetrante não foi suficiente para, *a priori*, convencer àquele magistrado, caberá ao colegiado respectivo, depois de instruído o processo, analisar as questões postas sob exame, não havendo nesse agir nenhum constrangimento ilegal.

Verifico, contudo, tratar-se de caso de concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício, nos termos do que determina o art. 192, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A questão trazida neste *writ* diz respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, haja vista a tese fixada pelo Plenário desta Suprema 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.

Muito bem. A jurisprudência deste Supremo Tribunal se consolidou no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença

HC 162943 / RJ

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 eminentíssimo 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 eminentíssimo 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

HC 162943 / RJ

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.

Ora, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas 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 Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, consequentemente, 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 Carta.

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 jurisconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da 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*.

HC 162943 / RJ

Em consonância com o 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. 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”.

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

Ao comentar o dispositivo da lei processual penal, Eugênio Pacelli (*in* Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, p. 590) consigna que “a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena”. O referido autor continua a desenvolver o tema, afirmando que,

“[antes] dela (da Lei nº 12.403/11), 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.

HC 162943 / RJ

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”.

No mesmo sentido é a posição de Guilherme de Souza Nucci (*in* Código de processo penal comentado. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 730), 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”. 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. Essa 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”.

Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de constitucionalidade desses dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com esse no art. 5º, LVII, da Constituição, todos são plenamente aplicáveis.

HC 162943 / RJ

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 países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Feito esses registros, transcrevo agora, por oportuno, o teor da decisão combatida:

“Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE OLIVEIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2.^a Região na Apelação Criminal n.^o 2008.51.01.815397-2.

Colhe-se nos autos que, em 18/08/2010, o Juiz Federal da 4^a Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nos autos do Processo-Crime n^o 2008.51.01.815397-2, condenou o Paciente pela prática do crime anteriormente denominado de quadrilha (art. 288 do Código Penal), à sanção reclusiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, em regime semiaberto (fls. 438-441). Na ocasião,

foi reconhecido seu direito de recorrer em liberdade.

Contra a sentença foram interpostos recursos de apelação pelo Paciente, demais Corréus e Ministério Público Estadual. Julgados em 04/09/2018 pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. A pena do Paciente pelo delito previsto no art. 288 do Código Penal foi aumentada para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto. O acórdão foi assim ementado (fls. 29-36):

'PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE QUADRILHA ARMADA. ART. 288, CAPUT E § ÚNICO DO CP. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CP. TIPIFICAÇÃO. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º DA LEI Nº 9.613/98. AUSÊNCIA DE CONTRARAZÕES. REGULARIDADE PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FIM DE PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO. PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL PARA TRF. LEI Nº 5.010/66. LC Nº 35/79. INTERRUPÇÃO DE CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL. REGULARIDADE. OPERAÇÃO GLADIADOR. OPERAÇÃO SEGURANÇA PÚBLICA S/A. DESDOBRAMENTO. PROVA EMPRESTADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INQUÉRITO. ACESSO. RESPOSTA À DENÚNCIA. REGULARIDADE. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. INEXISTÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO INCABÍVEL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REGULARIDADE. PRORROGAÇÃO. TRANSCRIÇÃO. 'LOTEAMENTO' DE DELEGACIAS DE POLÍCIA. MODUS OPERANDI DA QUADRILHA. CRIMES ANTECEDENTES À LAVAGEM. REMUNERAÇÃO INCOMPATÍVEL COM GASTOS PESSOAIS. PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. MOTIVOS. CIRCUNSTÂNCIAS.'

**CONSEQUÊNCIAS. PERDA DO CARGO PÚBLICO.
PERDIMENTO DE BENS. PENA DE MULTA.
EXECUÇÃO PROVISÓRIA.**

I - O fato de não haver peça de contrarrazões de réu regularmente intimado, que se quedou inerte, não inquinaria de vício o processo, não sendo causa de nulidade por cerceamento de defesa. Contudo, em homenagem à mais ampla defesa, foi recebida e apreciada a peça de defesa.

II - Documentos juntados aos autos pelos próprios acusados indicam que os órgãos de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro reprimiam o depósito e a exploração de máquinas de jogo de azar caça-níquel em estabelecimentos comerciais, ou seja, condutas dos tipos derivados do contrabando.

III - A conduta imputada pelo Ministério Público enquadra-se como corrupção, uma vez que os agentes públicos teriam deixado de praticar ou teriam praticado ato de ofício mediante desvio de finalidade, a partir do recebimento de vantagem econômica indevida. O apoio prestado não teria se resumido à exploração de máquinas de caça-níquel, mas se estendeu a outras atividades ilícitas do grupo apoiado, motivo pelo qual é tecnicamente correta a desclassificação para corrupção passiva.

IV - Inconteste a competência da Justiça Federal na hipótese, uma vez que a ação que julgou a organização criminosa que atuava no ramo da exploração de máquinas caça-níqueis e, consequentemente, praticando o crime de contrabando, é conexa à ação que julga os réus, que, através do grupo ao qual pertenciam, davam auxílio e a proteção à referida organização criminosa.

V - Como consta no relatório da sentença, a denúncia foi inicialmente proposta pela Procuradoria Regional da República perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no exercício de competência originária para julgar um dos acusados, então deputado estadual.

VI - Após baixa dos autos à 1^a Instância, devido ao fim da prerrogativa de foro, o feito foi distribuído para a 3^a Vara Federal Criminal, competente em matéria de crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, após ter sido dada vista ao MPF para ratificação da peça inicial, sem prejuízo para as partes. Entretanto, a 2^a Turma do Tribunal Regional Federal da 2^a reconheceu, por prevenção, a competência do juízo da 4^a Vara Criminal Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro para processar o feito.

VII - A convocação de juízes federais para substituir membros dos Tribunais Regionais tem assento legal tanto na Lei de Organização da Justiça Federal (art. 64 da Lei nº 5.010/66), quanto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN - art. 118 da LC 35/79). Não há nenhuma ligação quanto à competência do juiz convocado que atue como substituto de desembargador federal afastado por mais de 30 dias, ao contrário do que ocorre na hipótese de convocação para auxílio do trabalho das Turmas.

VIII - A interrupção de convocação de juiz federal que substituía desembargadora federal do TRF deu-se de forma regular. Tendo em vista que o magistrado de primeiro grau, quando da prolação da sentença, já havia retornado à sua jurisdição natural, em decorrência da interrupção de férias da referida desembargadora a quem substituiu, não havia impedimento para exarar o decreto condenatório impugnado.

IX - Após o reconhecimento da prorrogação da competência da 4^a Vara Federal Criminal pela conexão, deu-se vista ao Ministério Público Federal, que ratificou a denúncia. As defesas tiveram novo prazo para a complementação de suas peças e somente após nova manifestação judicial no sentido de que não havia qualquer causa de absolvição sumária é que houve início da instrução.

X - A associação permanente teria como fim precípuo a prática de facilitação ao contrabando, crimes de corrupção, na forma ativa e passiva, e lavagem de dinheiro. Foi dessa imputação que se defenderam alguns réus na ação penal, durante o processo, o que não incluiu a quadrilha com finalidade de cometimento de crime eleitoral.

XI - A investigação dos réus iniciou-se no ano de 2006, nos autos da apuração preparatória intitulada 'Operação Gladiador', que correu perante a 4ª Vara Federal Criminal, e nas medidas cautelares a ele vinculadas quando apareceram indícios de cometimento de crime praticado pelo então delegado de Polícia Civil afastado para concorrer a cargo público. Na época do oferecimento da denúncia, o Ministério Público afirmou ainda não ter elementos suficientes para formulação da peça de pretensão punitiva em face dele e indicou a continuidade das investigações. O material colhido naquela apuração foi encaminhado à Procuradoria Regional Eleitoral, que determinou que fossem apurados os fatos, o que foi feito em dois procedimentos: um que se referiu mais diretamente aos delitos eleitorais e outro aos crimes de natureza comum, dando continuidade ao trabalho que vinha sendo feito até então, e originando o IPL nº 043/2007.

XII - Um dos acusados começou a ser investigado antes de se tornar deputado estadual, havendo diversas referências a ele no inquérito da Operação Gladiador e na própria sentença da mesma. O IPL nº 043/2007 constituiu-se em procedimento que organizou os elementos probatórios e teve a fiscalização dos atos subordinada à avaliação do TRF 2ª Região, enquanto o referido investigado manteve a condição de parlamentar.

XIII - Demonstrada a conexão entre esta ação penal e a de nº 2003.51.01.504960-6, e a regularidade na produção da prova, é perfeitamente possível a utilização dos

elementos probatórios colhidos na MC nº 2006.51.01.517557-1, principalmente diante da anterior afirmação de que o Ministério Público agiu bem em aprofundar as investigações antes de oferecer nova denúncia.

XIV - Não houve utilização de prova emprestada de feito sem relação com este. A presente ação, denominada Operação Segurança Pública S/A é um desdobramento natural da denominada Operação Gladiador, sendo comum boa parte do arcabouço probatório.

XV - O feito nº 2006.51.01.517557-1, na versão integral, sempre esteve à disposição das defesas em Secretaria da 4ª Vara Federal Criminal para consulta, a contar do momento em que os autos da ação penal nº 2008.51.01.815397-2 (Operação Segurança Pública S/A) baixaram do TRF e houve oportunidade de complementação das peças de defesas antes da retificação do recebimento da denúncia.

XVI - Houve a notificação de todos os denunciados para apresentação de resposta no prazo de quinze dias, nos termos do art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.038/90, antes do recebimento da denúncia. E todos eles apresentaram a resposta preliminar ao recebimento da denúncia. Todos os acusados tiveram o prazo de quinze dias para se manifestar sobre a denúncia oferecida, em ato que deu oportunidade de defesa mais ampla do que a prevista no art. 514 do CPP.

XVII - O fato de o Ministério Público Federal necessitar aprofundar as investigações de determinados fatos ligados aos crimes investigados, antes de apresentar a denúncia, não significa que o órgão tenha promovido um arquivamento implícito. Foram envidadas todas as cautelas necessárias para que se apresentasse denúncia que não fosse inepta, sem deixar de observar os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal.

XVIII - Embora acolhida a repercussão geral,

enquanto não for julgado o RE 625.263/PR, permanece vigente a orientação fixada pelo Plenário e pelas Turmas do STF no sentido de que o decreto de interceptação telefônica pode ser sucessivamente renovável, sempre que o juiz, com base nos fatos, entender que a medida continua útil à investigação.

XIX - Autorizada a interceptação telefônica por ordem judicial devidamente fundamentada e presentes os pressupostos legais, o encontro de elementos de prova de cometimento de crime por quem não era eventualmente alvo no início pode lastrear persecução penal em face deste. Assim já decidiu a 5^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 69.552/PR, rel. Min. Felix Fischer, DJ do DIA 14/05/2007.

XX - Dependendo da complexidade dos fatos apurados, pode ser necessário haver mais de uma prorrogação do prazo legal de quinze dias, não havendo qualquer nulidade decorrente dessa maior extensão no tempo, desde que justificada e necessária para apuração da verdade, pressupostos a serem avaliados pelo juiz (5^a Turma do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, HC nº 16.374/DF, Dje 01º/02/2010). Da mesma forma, não há necessidade de transcrição integral de todas as ligações interceptadas ou exigência legal de capacitação técnica específica de um perito para a realização da transcrição, desde que sejam disponibilizadas para as partes as mídias com os diálogos gravados, o que ocorreu aqui (5^a Turma do STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, HC 116.963, Dje 03/08/2009).

XXI - O arquivamento de dados digitais em mídia eletrônica tem natureza de documento. A inserção de dados de gravação de interceptação telefônica em mídia do tipo 'CD' ou 'DVD' não é, a rigor, cópia de documento público original ou reprodução digitalizada de documento. Os registros de voz são arquivados em mídia digital e pode haver formação de *back-ups*, isto é, clonagem

dos dados arquivados correspondentes em mídias diferentes: disco rígido independente, *pendrive*, CD, DVD etc. Assim, não se aplica aqui o conceito de cópia de documento original (art. 365, III, do CPC) ou de digitalização de documento (art. 365, VI, do CPC), mas sim o de ‘extrato digital de banco de dados’, previsto no art. 365, V, do CPC, não se lhe aplicando a previsão do art. 365, § 1º, do CPC.

XXII - A autoridade policial, ao encaminhar CDs com arquivos digitais de registros sonoros relativos à escuta telefônica, faz expressa referência ao período correspondente da colheita dos dados, o que atesta, mediante a especificação, a integridade de conteúdo em relação ao outro mecanismo de armazenamento digital do qual foi extraída a informação. Assim, é importante esclarecer que são os áudios gravados provas documentais. As transcrições, como o nome indica, são reproduções escritas de um documento. A prova, assim, não é a transcrição escrita em si, mas o próprio áudio. Como as defesas tiveram acesso ao próprio documento - os áudios - puderam exercer na plenitude o direito constitucional à defesa.

XXIII - Não há qualquer ilegalidade na utilização da conversa travada entre um dos investigados-alvos e seu advogado como meio de prova de cometimento de crime, dentro do conjunto probatório fartamente composto por elementos independentes. No caso, não houve interceptação do aparelho telefônico do advogado, mas sim do investigado e, no curso do cumprimento da ordem judicial, houve o monitoramento da conversa. No momento da interceptação, o alvo não era réu e o advogado não era seu advogado criminal para defendê-lo em ação penal, pelo fato de que esta ainda não existia. Assim, não houve interceptação de diálogo reservado entre cliente e advogado.

XXIV - A quadrilha configurou-se como organização

criminosa armada, bem estruturada e ordenada com funções hierarquicamente estabelecidas. Além disso, é gravíssimo o apoio dado através dela à organização criminosa armada que atuava no ramo de comércio de máquinas caça-níqueis. Os réus perseguiam, através da quadrilha, o poder político a qualquer custo e o dinheiro fácil, com enriquecimento ilícito.

XXV - Verifica-se, pela análise dos autos, em especial dos documentos, laudos periciais e das transcrições das interceptações telefônicas realizadas em medida cautelar apensa, substrato probatório suficiente para respaldar convencimento judicial da existência de associação estável entre o ex-chefe de Polícia do Estado do Rio de Janeiro e o ex-governador.

XXVI - A quadrilha subvertia a ordem hierárquico-formal da estrutura administrativa da polícia e permitia, mesmo a quem não exercia cargo formal no segundo semestre de 2006, ter ingerência na administração pública, a fim de 'lotear' delegacias de polícia com pessoas indicadas.

XXVII - Dando respaldo às afirmações testemunhais, constam dos autos documentos, laudos periciais, fotos, boletins e portarias que compõem acervo probatório suficiente para embasar a condenação dos réus. Demonstradas a materialidade da ação da quadrilha no loteamento da DPMA em 2003 e a autoria coordenada do ex-chefe de Polícia do Estado do Rio de Janeiro e do ex-governador, desde essa época, além do dolo associativo para o cometimento de crimes e a estabilidade, uma vez haver provas do interesse pela DPMA de 2003 a 2006.

XXVIII - Para a configuração de quadrilha, delito violador da paz pública, basta a associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes, no sentido de reunir-se, aliar-se, congregar-se de forma estável para a consecução de fim comum. Verifica-se, pela análise dos autos, em especial dos documentos, laudos periciais e das

transcrições das interceptações telefônicas realizadas em medida cautelar apensa, substrato probatório suficiente para respaldar convencimento judicial da existência de associação estável entre 8 pessoas.

XXIX - A presença do ex-governador e ex-secretário de Segurança, do ex-chefe de Polícia e outros policiais, que davam apoio a grupo atuante na prática de contrabando de componentes para máquinas caça-níqueis, grupo notoriamente por vezes violento, implica que não há dúvida razoável de que os réus conhecessem o uso de armas de fogo, ao menos por um dos partícipes, na execução dos crimes, condição suficiente para estar incursa na causa de aumento do parágrafo único do citado artigo do CP.

XXX - A atuação dos denunciados era mais abrangente do que somente oferecer proteção às ações relativas à exploração de máquinas de caça níquel da quadrilha a qual dava suporte. Como atuavam mediante paga, para que não houvesse repressão às condutas criminais mais amplas do grupo apoiado, o enquadramento típico do fato narrado na acusação é de receber, em razão do exercício de cargo ou função pública, vantagem indevida - o crime de corrupção passiva.

XXXI - A oitiva de testemunhas, em cotejo com outras provas, corrobora a tese acusatória, em relação ao 'loteamento de delegacias'.

XXXII - Para que houvesse sucesso na empreitada criminosa (apoio a quadrilha de exploração de máquinas de caça-níquel na zona oeste do Rio), a quadrilha a qual pertenciam os réus optou pela tática de lotear delegacias entre inspetores de polícia com o perfil corrupto-operacional. O *modus operandi* dos denunciados consistia na infração do dever funcional de apreender as máquinas caça-níqueis - que possuem componentes, em especial os chamados 'noteiros', que são de origem estrangeira, cuja importação é proibida por se destinarem à exploração do

jogo de azar.

XXXIII - Além disso, a quadrilha apoiada contava com a realização de investigações intencionalmente ineficazes, a fim de assegurar a manutenção de poder e dos seus pontos de jogo, bem como com os serviços de segurança privada prestados pelos réus, que mantinham uma ordem mínima nas áreas de atuação, pois a desordem comprometeria a lucratividade dos negócios.

XXXIV - Outros casos de corrupção passiva envolveram os acusados, que recebiam quantia mensal de redes de supermercado, em troca de segurança, havendo planilha acostada aos autos e periciada, em que se constata gastos muito superiores às suas rendas.

XXXV - A prisão de membro de organização criminosa rival daquela a quem os réus davam suporte foi ato legal e fundamentado (havia mandado de prisão), mas foi efetivada também para atender à determinação da quadrilha protegida pelo grupo do acusado.

XXXVI - As condutas de ocultação de propriedade de imóveis e automóveis de luxo adquiridos com dinheiro ilícito auferido pela prática de corrupção passiva (art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98) caracterizam forma habitual de cometimento de crime, considerando o número de ocorrências. Somado a isso, alguns dos acusados procederam à retificação de suas respectivas declarações de imposto de renda, a fim de justificar o patrimônio construído com a lavagem de dinheiro.

XXXVII - Projetando-se anualmente os gastos pessoais de alguns dos réus, totalizariam valores incompatíveis com suas remunerações anuais líquidas.

XXXVIII - Culpabilidade extrema de alguns réus, diante do fato de se tratar de quadrilha composta por ex-governador e ex-secretário de Segurança, ex-chefe de Polícia do Rio de Janeiro e outros policiais em posições de destaque, em estado que sofre há décadas um nível de violência comparável a países em guerra.

XXXIX - Os motivos do crime de alguns dos réus autorizam o aumento de pena, tendo em vista a vontade de se perpetuarem no Poder Público a qualquer custo, com fito de lucro ilícito, compondo quadrilha composta por policiais protetores de criminosos.

XL - Circunstâncias indicam a existência de organização criminosa bem estruturada e ordenada com funções hierarquicamente bem estabelecidas, que transcende a simples e vulgar associação criminosa que, à época, denominava-se quadrilha.

XLI - Consequências do crime são desastrosas. O fato de um ex-chefe de Polícia, acompanhado do ex-governador do Estado e de integrantes da Polícia que frequentaram sua alta cúpula darem suporte a criminosos conhecidos por sua violência tem como consequência a desestruturação e desmoralização do Órgão por um bom tempo.

XLII - Perda de cargo público de alguns dos réus com suporte no art. 92, I, **a**, do Código Penal, por terem sido condenados à pena privativa de liberdade por tempo superior a um ano, em crimes praticados com abuso de poder e com violação de dever para com a Administração Pública; e no art. 92, I, **b**, do Código Penal, por terem sido condenados à pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.

XLIII - Perdimento, em favor da União, de imóveis adquiridos com produto do cometimento do crime de corrupção passiva e objetos de lavagem de bens, nos termos do art. 91, II, **b**, do Código Penal e do art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98.

XLIV - Pena de multa fixada considerando às condições judiciais e legais, com valor do dia multa estabelecido de acordo com as condições econômicas fáticas dos acusados.

XLV - Encerrada a jurisdição deste Tribunal, considerando o disposto no art. 637 do CPP, art. 1.029, §

5º, do CPC/2015 e Enunciado nº 267 do STJ, à luz do novo entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral (ARE 964.246 RG/SP), expeça-se, com urgência, mandado de prisão e guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade ao Juízo da Execução Penal, com fulcro nos arts. 2º, parágrafo único, 105 e ss., todos da Lei nº 7.210/1984 c/c arts. 1º, 8º e ss., todos da Resolução nº 113, de 20/04/2010, do CNJ.

XLVI - Apelações criminais das defesas de ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE OLIVEIRA, SISSY TOLEDO DE MACEDO BULLONS LINS e FRANCIS BULLOS não providas. Apelações criminais do Ministério Público Federal e dos réus FÁBIO MENEZES DE LEÃO, RICARDO HALLACK, ALCIDES CAMPOS SODRÉ FERREIRA e DANIEL GOULART parcialmente providas. Apelação criminal de LUCIANA GOUVEIA provida'.

Daí a presente impetração, em que se narra que 'a Colenda Turma deliberou pelo início da execução provisória da pena, tão logo julgado o recurso de embargos de declaração, ainda cabível no 2º grau de jurisdição' (fl. 4). Por isso, defende-se 'o cabimento da impetração, em caráter preventivo, diante do risco de o paciente vir a sofrer coação em sua liberdade de locomoção por conta de ato manifestamente ilegal, mormente por inexistir justa causa que a ampare' (fl. 7).

Alega-se que a expedição *tout court* de mandado prisional após o fim da jurisdição de segundo grau contraria a Constituição da República – a qual prevê que 'apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado' (fl. 9).

Suscita-se, no mais, que nas instâncias antecedentes ocorreram vícios procedimentais, pois a 'distribuição inicial do inquérito a juízes convocados para o Tribunal contrariou as regras básicas do juiz natural previstas em nossa Constituição (art.5º, LIII, da CF)' (fl. 22) e o Paciente possuía foro privilegiado; a sentença condenatória foi proferida por

magistrado incompetente, pois quando da prolação do ato o Juiz Federal de primeiro grau estava convocado para substituir Juiz do TRF da 2^a Região; a pena do Paciente foi ilegalmente aumentada pelo Tribunal de origem tão somente para afastar a prescrição; e a medida cautelar de interceptação telefônica, a despeito de ser elemento probatório que consubstanciou a condenação, só foi juntada aos autos após a sentença.

Requer-se, assim, liminarmente e no mérito, a expedição de salvo conduto, para que seja garantido ao Paciente ‘aguardar em liberdade o julgamento dos recursos especial e extraordinário a serem enfrentados pelos Tribunais Superiores com relevantes teses de direito’ (fl. 27).

É o relatório inicial.

Decido.

Os Impetrantes pretendem impedir a expedição de mandado de prisão oriundo da 4^a Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro ou do Tribunal Regional Federal da 2^a Região antes do eventual trânsito em julgado da condenação criminal.

Inicialmente, cabe referir que o pedido de *habeas corpus* veio desacompanhado do inteiro teor do acórdão impugnado. Todavia, os Patronos do Paciente justificaram a ausência da peça, motivo pelo qual não há deficiência na instrução do presente *writ*. A propósito, no ponto, consignaram os Defensores que ‘apesar de o acórdão referente ao julgamento das apelações ainda não ter sido publicado, foi disponibilizada a sua ementa na movimentação eletrônica do processo, tendo sido determinada a prisão do paciente para iniciar execução provisória da pena, tão logo julgados os embargos de declaração que sobrevirão [...]’ (fl. 4).

Outrossim, é mister ressaltar que, nos termos do art. 374, inciso I, do Código de Processo Civil, ‘não dependem de prova os fatos [...] notórios’. No caso, o Tribunal Regional Federal da 2.^a Região noticiou em seu site oficial o que se segue:

‘A 2^a Turma Especializada do TRF2, por unanimidade, condenou o ex-governador Anthony

Garotinho pelo crime de quadrilha armada (artigo 288, parágrafo único, do Código Penal). A decisão foi proferida no julgamento de apelações apresentadas pelo Ministério Público Federal e pelo político, que é candidato à eleição para o governo estadual do Rio de Janeiro em outubro. A pena foi fixada pela segunda instância em quatro anos e seis meses de reclusão, em regime semiaberto.

O Tribunal negou o recurso de Garotinho e aumentou a pena, que havia sido estabelecida pela primeira instância em dois anos e seis meses de reclusão, em regime aberto. A 2^a Turma Especializada ainda ordenou a expedição de ofícios ao Tribunal Regional Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, para comunicar o resultado do julgamento. Caberá ao TRE decidir se o candidato ficará ou não inelegível.

A defesa de Anthony Garotinho ainda poderá apresentar recurso de embargos de declaração no TRF2. O instrumento é cabível para arguir obscuridade, omissão ou contradição na decisão do Tribunal, mas não serve para questionar o mérito.

Somente após o julgamento dos embargos, esgotando as possibilidades de recurso, deverá ser expedida a ordem de prisão contra o réu.

Garotinho fora condenado em primeiro grau no processo que investigou o esquema apurado na Operação Segurança Pública S.A., iniciado a partir de denúncia do Ministério Público Federal. O caso envolve a nomeação de policiais civis, que assumiam delegacias da Zona Oeste da capital fluminense para favorecer o contrabando de peças para máquinas de apostas e para permitir a exploração do jogo ilegal, pelo grupo comandado pelo contraventor Rogério Andrade.

Na apelação, a 2^a Turma Especializada confirmou a condenação de outros réus: o ex-chefe de Polícia Civil e ex-deputado Álvaro Lins (23 anos, quatro meses e 16 dias de reclusão); os policiais civis Alcides Campos Sodré

Ferreira (quatro anos e seis meses), Daniel Goulart (dois anos e sete meses), Fábio Menezes de Leão (três anos e três meses), Mario Franklin Leite de Carvalho (nove anos e oito meses) e Ricardo Hallak (sete anos e um mês); e a mulher e o sogro de Álvaro Lins, Sissy Bullos Lins (quatro anos, seis meses e 7 dias) e Francis Bullos (quatro anos, seis meses e sete dias). Ainda, o colegiado absolveu a ex-mulher do ex-deputado, Luciana Gouveia dos Santos, que fora condenada em primeira instância' (verificado aos 12/09/2018, em <http://www10.trf2.jus.br/portal/trf2-condena-ex-governador-anthony-garotinho-por-quadrilha-armada-e-fixa-pena-em-quatro-anos-e-seis-meses-de-reclusao>).

Dessa forma, é possível proceder a um juízo seguro ao menos sobre a configuração, ou não, do requisito do *periculum in mora*, como passo a esclarecer.

Conforme já se registrou, no julgamento da Apelação Criminal n.º 2008.51.01.815397-2 pelo Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, ocorrido em 04/09/2018, foi consignado que não seria iniciada a execução provisória da pena do Paciente após o término da sessão.

Com efeito, por ter sido assegurado ao Condenado que eventual prisão não será implementada antes do exaurimento da jurisdição ordinária, parece-me questionável, na presente análise perfunctória, a configuração de ato consubstanciador de constrangimento à sua liberdade de locomoção. No ponto, vale lembrar que é firme o entendimento desta Corte de que 'não é cabível o remédio constitucional do habeas corpus se não há possibilidade de o direito ambulatorial do Paciente ser ilegalmente constrangido' (HC 128.943/SP, Quinta Turma, Rel. p/ acórdão Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/03/2010).

Destaco, também, as importantes considerações acerca do manejo do remédio constitucional do *habeas corpus* proferidas no seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: [...].

Vale ainda referir que 'o *habeas corpus* preventivo tem cabimento quando, de fato, houver ameaça à liberdade de

HC 162943 / RJ

locomoção, isto é, sempre que fundado for o receio de o paciente ser preso ilegalmente [e] tal receio haverá de resultar de ameaça concreta de iminente prisão' (STJ, AgRg no HC 84.246/RS, Sexta Turma, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ 19/12/2007). Dessa forma, o fundado receio de ilegal constrangimento e a possibilidade de imediata prisão não parecem presentes e afastam o reconhecimento, neste exame limitado aos requisitos dos provimentos de urgência, da configuração do perigo da demora - o que, por si só, é suficiente para o não deferimento do pedido liminar.

Por oportuno, menciono que igual entendimento ao que ora me refiro na presente decisão fora exarado pelo Ministro Humberto Martins quando, no exercício da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu pedido liminar formulado nas férias forenses no HC nº 434.338/PR, Rel. Min. Felix Fischer (DJe de 05/02/2018).

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar" (sítio eletrônico do STJ, grifei).

Essa decisão manteve os fundamentos do julgado proferido pelos Desembargadores Federais da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2^a Região que determinaram, nos autos da Apelação Criminal 2008.51.01.815397-2, o seguinte:

"[...]

Encerrada a jurisdição deste Tribunal, considerando o disposto no art. 637 do CPP, art. 1.029, § 5º, do CPC/2015 e Enunciado nº 267 do STJ, à luz do novo entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral (ARE 964246-RG/SP), expeça-se, com urgência, mandado de prisão e guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade ao Juízo da Execução Penal, com fulcro nos arts. 2º, parágrafo único, 105 e ss., todos da Lei nº 7.210/1984 c/c arts. 1º, 8º e ss., todos da Resolução nº 113, de 20/04/2010, do CNJ" (pág. 6 do documento eletrônico 7, grifei).

HC 162943 / RJ

Conforme se verifica, essas decisões contêm apenas a remissão a julgado deste Supremo Tribunal como argumento para decretar o início da execução da pena imposta ao paciente, não se afigurando, portanto, a meu sentir, revestidas de motivação hábil, sobretudo se contrastadas 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”.

E ainda que fosse o caso de se argumentar sobre o efeito vinculante resultante do julgamento do ARE 964.246/SP pelo Plenário desta Corte, 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 Supremo 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 tardivamente acolhida entre nós - dos arts. 5º, 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.

Registro, ainda, na oportunidade, que o entendimento deste Supremo Tribunal 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).

No mesmo sentido, já se anotavam decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3^a 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”.

Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, 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, como já afirmado, 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.

HC 162943 / RJ

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 process 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 judiciais, 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 - derogue 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".

Registro, no entanto, que o Eminente 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

HC 162943 / RJ

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, ouso 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 Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País se encontram num estado de coisas constitucional. 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 pétreia.

A propósito, em recentes decisões, o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido de medida cautelar nos HC 147.452-MC/MG; HC 147.469-MC/SP; e RHC 129.663-ED-AgR/RS para suspender a execução provisória da pena, por entender que,

“Assentadas tais premissas, passo a examinar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual. E, ao fazê-lo, saliento 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 pendentes 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 eminentíssimo 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

HC 162943 / RJ

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.)”.

Ademais, menciono que, mesmo após o julgamento do HC 126.292/SP, o 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; e 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 possível mudança do seu posicionamento, daquele 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.

HC 162943 / RJ

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”.

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

Anoto, por fim, que, segundo nos ensina Carlos Mário da Silva Velloso,

“[no] que toca à interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal dela tem feito uso, enfatiza o ministro Gilmar Mendes. Ela está, entretanto, sujeita a limites: (i) é admissível a interpretação conforme se não configurar violência contra a expressão literal do texto; (ii) se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador” (Velloso, Carlos Mário da Silva. *Hermenêutica constitucional e o Supremo Tribunal Federal*. In: Direito, economia e política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. 1. ed. São Paulo: IASP, 2015, p. 540-241).

Nesse contexto, ressalto que urge ao Plenário desta Suprema Corte o julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ambas da relatoria do Ministro Marco Aurélio, nas quais se discute a

HC 162943 / RJ

constitucionalidade do anteriormente referido art. 283 do Código de Processo Penal.

Na assentada de 5/10/2016, o STF indeferiu, por maioria, as liminares requeridas naquelas ações declaratórias, ressaltando a constitucionalidade do art. 283, todavia, admitindo ser “[...] coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

Mas, anoto que dar interpretação conforme ao art. 283 do CPP, que é cristalino ao dispor que 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, é incorrer, uma vez mais, no *error in judicando* verificado nos julgamentos do HC 126.286/SP e do ARE 964.246-RG/SP.

O art. 5º, LVII, com redação dada pelo constituinte originário, repito, não admite qualquer outra interpretação que não seja a literal, decorrente de sua redação incontestável de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

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, de ofício.

Por essas razões, constatada a excepcionalidade da situação em análise faz necessária a suspensão da possibilidade da execução antecipada da pena imposta ao paciente.

Isso posto, nego seguimento ao *writ* (art. 21, § 1º, do RISTF), mas,

HC 162943 / RJ

considerando que a conclusão a que chego neste *habeas corpus* em nada conflita com as decisões majoritárias desta Suprema Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, concedo a ordem, de ofício (art. 192, *caput*, do RISTF), para que o paciente possa aguardar, em liberdade, o julgamento final pelo Plenário das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF e art. 283 do CPP), o que ocorrer primeiro, sem prejuízo da manutenção ou fixação, pelo juízo processante, de uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.

Comunique-se com urgência.

Se necessário, expeça-se alvará de soltura clausulado.

Publique-se.

Brasília, 2 de outubro de 2018.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator