

03/09/2019

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 151.430 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
AGTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
AGDO.(A/S) : **A.B.D.G.B.**
ADV.(A/S) : **BRUNO RODRIGUES E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ADMAR GONZAGA NETO E OUTRO(A/S)**

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA EM CONDENAÇÃO PENAL IMEDIATAMENTE APÓS O EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS: IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. DECISÃO COMBATIDA QUE APENAS FAZ REMISSÃO AO QUE DECIDIDO POR ESTA SUPREMA CORTE NOS JULGAMENTOS DO HC 126.292/SP E DO ARE 964.246-RG/SP: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E, CONSEQUENTEMENTE, DE MOTIVAÇÃO HÁBIL PARA A DECRETAÇÃO DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE GARANTIDO EM SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR, NESSA PARTE. SITUAÇÃO CARACTERIZADORA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – 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 condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

II – A decisão combatida, ao invés de suficiente fundamentação, contém apenas remissão aos julgamentos do HC 126.292/SP e do ARE 964.246-RG/SP pelo Tribunal Pleno deste Supremo Tribunal como

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

argumento para decretação do início da execução da pena imposta ao paciente, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

III - Não se afigura, pois, revestida de motivação hábil, sobretudo se contrastadas com o art. 5º, LVII e LXI, do texto constitucional, que, respectivamente, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença pena condenatória” e 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”.

IV - O *decisum* proferido no julgamento do 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.

V - 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.

VI - No caso sob exame, ficou consignado no dispositivo da sentença condenatória que o paciente poderia apelar em liberdade, comando que não pode ser interpretado restritivamente, impedindo, por conseguinte, que o Tribunal de segunda instância determine sua prisão depois de julgado este recurso, sob pena de incorrer em verdadeira *reformatio in pejus*, porquanto a condicionante de início da execução da pena somente após o trânsito em julgado já configurava coisa julgada em favor do réu, tornando-se imutável.

VII - Agravo a que se nega provimento.

03/09/2019

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 151.430 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
AGTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
AGDO.(A/S) : **A.B.D.G.B.**
ADV.(A/S) : **BRUNO RODRIGUES E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **ADMAR GONZAGA NETO E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida nestes autos, no qual o *Parquet* Federal alega, em síntese, que, esgotadas as instâncias ordinárias, e preclusa a questão de fato, faz-se possível determinar a execução antecipada da pena, por entender que essa situação é plenamente compatível com o princípio da presunção de inocência.

É o relatório.

03/09/2019

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 151.430 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem reexaminados os autos, tenho que a decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois seus fundamentos harmonizam-se com o entendimento já manifestado pela maioria dos Ministros integrantes deste Colegiado da Segunda Turma quanto à matéria em questão. Ademais, a agravante não aduz elementos capazes de afastar as razões decisórias.

Na espécie, reafirmo, o caso é de concessão da ordem de *habeas corpus*, ainda que de ofício.

A questão trazida neste *writ* diz respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após o exaurimento das instancias ordinárias, haja vista a tese fixada pelo Plenário deste Supremo Tribunal 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.

Entretanto, a jurisprudência deste Supremo Tribunal havia se consolidado justamente 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 condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, e 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 vênua 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.

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

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

Ora, a Constituição Federal atribuiu a este Supremo Tribunal 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 tanto no julgamento do HC 126.292/SP quanto no ARE 964.246-RG/SP, 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, 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 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 juristas 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*.

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

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

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”.

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, ainda, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com espeque no art. 5º, LVII, da Constituição, 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

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

não pelo Poder Judiciário, uma vez que a posição do constituinte originário, ainda que não agrade àqueles que perfilham da posição (até agora) 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 originário 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.

Feitos esses registros, consigno, mais uma vez, que a decisão combatida, ao invés de suficiente fundamentação, contém apenas remissão aos julgamentos do HC 126.292/SP e do ARE 964.246-RG/SP pelo Tribunal Pleno deste Supremo Tribunal como argumento para decretação do início da execução da pena imposta ao paciente, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não se afigurando, portanto, a meu sentir, revestida de motivação hábil, sobretudo se contrastadas com o art. 5º, LVII e LXI, do texto constitucional, que, respectivamente, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença pena condenatória” e 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 com o suposto 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.

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

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).

Aliás, constata-se, nesse sentido, 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, *data venia*, não homenageou 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.

Não custa recordar que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

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.

Em que pese tudo o que já foi dito, observo, ainda, 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, eu 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.

Não bastasse tudo o que foi exposto, no caso sob exame, o juízo de primeiro grau concedeu ao paciente o direito de recorrer da sentença em liberdade. Desse fundamento, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios quedou-se inerte, sem interpor o recurso pertinente.

Assim, verificando que essa situação se assemelha àquela tratada no HC 140.217/DF, bem como nos HC's 135.951/DF, 142.012/DF e 142.017/DF,

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

todos de minha relatoria, entendo que ocorreu a formação da coisa julgada do direito de o paciente recorrer em liberdade.

A meu sentir, a revogação pelo Tribunal de Justiça local de um direito que tinha sido conferido ao réu desde a primeira instância, sem contestação, nessa parte, pelo Ministério Público, agrava indevidamente a situação do paciente.

Na prática, a Corte Estadual incorre em verdadeira *reformatio in pejus*, pois a condicionante de início da execução da pena somente após o trânsito em julgado já configurava coisa julgada em favor do réu, tornando-se imutável.

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 incondicionada e o seu assistente tivessem recorrido contra a decisão que facultou ao acusado aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

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

Isso posto, nego provimento ao presente agravo regimental para

HC 151430 AGR-SEGUNDO / DF

manter hígida a decisão por mim proferida nestes autos.

É como voto.

Revisado