

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S) : JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, tem-se aplicado o entendimento inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em apelação, ainda que sujeita a recursos especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP.

Cumprе ressaltar, desde logo, que em momento algum daquele julgamento foi dito que, confirmada a condenação em segunda instância, o início do cumprimento da pena privativa seria impositivo. Sempre se disse que era uma possibilidade. Por isso, quero começar o voto fazendo uma breve retrospectiva do tema.

Inicialmente, a posição do STF era pela aplicação estrita do CPP, tal qual então vigente, permitindo a prisão decorrente de condenação, em especial, na pendência de recursos extraordinários – RHC 71.959, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, redator para acórdão Min. Francisco Rezek, julgado em 3.2.1995.

Em 2009, esse entendimento foi revisto. Em *habeas corpus*, o Pleno avaliou se o art. 637 do CPP, o qual afirma que o recurso extraordinário

HC 152752 / PR

não tem efeito suspensivo, sustentaria a prisão, com a confirmação da condenação em grau de apelação. Por maioria, em julgamento concluído em 5.2.2009, o Pleno do STF firmou a posição de que a prisão somente ocorreria após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Eventual ordem de prisão anterior teria caráter cautelar e, em consequência, deveria estar embasada em sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade – HC 84.078, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 5.2.2009.

A questão foi novamente revisitada em 2016. Em julgamento de *habeas corpus*, o Pleno entendeu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” – HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.2.2016.

Naquela oportunidade, ficaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. A decisão foi confirmada em embargos de declaração, nos quais se alegava omissão no cotejo do caso com o art. 283 do CPP – HC 126.292 ED, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 2.9.2016, sendo esta a ementa:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. **POSSIBILIDADE**. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado”.

HC 152752 / PR

Esse posicionamento foi reiterado na decisão que indeferiu a medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade do art. 283 do CPP, cujo teor dispõe 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”.

O Tribunal, então em sede de cognição sumária, entendeu que o dispositivo devia ser lido em conjunto com as demais normas legais, que negam efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, notadamente o art. 637 do CPP – ADCs 43 e 44 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, redator para acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 5.10.2016.

Por fim, o Plenário virtual reafirmou, em sede de repercussão geral (tema 925), em recurso extraordinário, o entendimento de que o cumprimento das penas após o julgamento por Tribunal seria **juridicamente viável** – ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016.

Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, **seria possível**. Porém, essa **possibilidade** tem sido aplicada pelas instâncias inferiores “automaticamente”, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do *quantum* da pena a ser cumprida.

Nesse ponto, importante resgatar a **linha de argumentação que desenvolvi no paradigmático HC 126.292**, quando destaquei um importante precedente de relatoria do Ministro Eros Grau (HC 84.078), no qual o Ministro Cezar Peluso ressaltava a importância ou a **possibilidade da prisão provisória** a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo

grau, desde que presentes os requisitos de prisão preventiva.

Dizia eu, então, que havia **casos clássicos enquadráveis no fundamento de ordem pública** que poderiam ensejar a antecipação da execução da pena. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau.

Consignei que, em nosso sistema jurídico, seria possível **dispensar ao acusado tratamento progressivamente mais gravoso**, conforme a evolução da imputação. Citei o exemplo das “fundadas razões” do art. 240, §1º, do CPP para autorizar busca domiciliar. A prova da materialidade e os indícios da autoria seriam suficientes para tornar réu o investigado (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Nesse diapasão Eduardo Espínola Filho afirma que “*a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa*” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436).

Portanto, não estamos diante de uma regra que se resolve na fórmula de tudo ou nada, mas de um princípio passível de conformação, sendo natural à presunção de não culpabilidade evoluir-se de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, **o tratamento progressivamente mais gravoso** seria aceitável.

Ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, **as instâncias soberanas para análise dos fatos já se teriam pronunciado pela culpabilidade.** Com efeito, após o julgamento da apelação, **esgotam-**

se as vias ordinárias. Subsequentemente, caberiam apenas recursos extraordinários.

Estes, como se sabe, têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Superadas as instâncias ordinárias com condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com **considerável força de que o réu é culpado.** Nasce um título condenatório, ainda que precário e sujeito a mudanças, passível de execução, atendidas certas condições que foram tangenciadas em meu voto no aludido precedente (HC 126.292).

De conseguinte, nesse estágio de gradação da culpa, é compatível com a presunção de inocência determinar, em certas hipóteses, o cumprimento da pena, ainda que pendente de recursos (especial e extraordinário).

Lançando todas essas premissas naquele julgado, entendi que o início de cumprimento da pena não dependia do trânsito em julgado da condenação. Havia a possibilidade de imediata execução. Repita-se, sempre dissemos que a prisão seria uma possibilidade jurídica, não uma obrigação.

Contudo, penso que a conclusão daquele julgamento no HC 126.292, na linha da argumentação que desenvolvi, poderia ter sido outra. Explico: analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado, em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da

HC 152752 / PR

execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos, em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ.

São situações em que, **iniciada a execução antecipada** da pena a partir do julgamento de segunda instância, esta vem a ser, **em recurso especial ou habeas corpus**, reduzida com mudança de regime (para o aberto), ou suplantada pela absolvição ou pela extinção da punibilidade pelo **Superior Tribunal de Justiça**.

A título de exemplo, vejamos concretamente alguns casos em que se mostrou indevido o início do cumprimento de pena de prisão imediatamente após a apelação:

1) Na ação penal 0104654-76.1995.403.6181, da Justiça Federal de São Paulo, réu condenado a 5 anos de reclusão, regime semiaberto, teve a sentença confirmada pelo TRF/3ª Região, deflagrando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Porém, em ***habeas corpus impetrado no STJ*** (HC 317.330/SP), a pena foi reduzida para 4 anos de reclusão, sendo alcançada pela prescrição.

2) Réu condenado e a sentença mantida pelo Tribunal à pena de 5 anos de reclusão, regime inicial fechado, dando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Em **agravo em recurso especial no STJ** (AREsp 1.195.573-SP), entretanto, a pena foi reduzida para 1 ano e 8 meses de reclusão, regime aberto, sendo a reprimenda substituída por pena alternativa.

3) No terceiro exemplo, a alforria do réu veio de **embargos declaratórios em agravo tirado de recurso especial analisado pelo STJ** (977.341-MG). Aqui o réu foi condenado a uma pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, regime inicial fechado. Deu-se a execução da pena após condenação em segunda instância. O STJ reduziu para 1 ano e 8 meses de reclusão e, diante do

quantum aplicado, reconheceu a prescrição.

Observe-se que, em todos esses exemplos, os réus respondiam soltos aos respectivos processos. A expedição de mandado de prisão deu-se automaticamente, em razão da simples confirmação da condenação em 2ª instância a partir da leitura errônea que se deu ao entendimento sufragado por esta Corte. A possibilidade virou obrigação!

Em outros termos, diante das decisões do STJ, os réus cumpriram penas indevidamente e foram presos ilegalmente!!!

Situações como essas acabam reforçando a posição daqueles que defendem o trânsito em julgado definitivo como única hipótese de se antecipar o início do cumprimento de pena, dentre eles destaco Lenio Luiz Streck, para quem (Consultor Jurídico <https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/streck-presuncao-inocencia-10-pontos-nao-jejuar>):

“o sistema jurídico sofrerá um retrocesso e o sistema prisional entrará em colapso, além de sufragar prisões de pessoas sem antecedentes e/ou que foram condenados por prova ilícita ou probabilismos e teses exóticas que começam a vicejar nesse neopunitivismo”

Por essa razão, essas prisões automáticas em segundo grau, que depois se mostraram indevidas, fizeram-me repensar aquela conclusão a que se chegou no HC 126.292. E, tudo poderia ter sido diferente se mudássemos tão somente o marco a partir do qual deveria ser iniciado o cumprimento da pena.

Até que se pudesse estabelecer melhor solução a evitar ou minimizar a possibilidade do erro judiciário, **desde maio de 2017**, passei a deferir

HC 152752 / PR

nos *habeas corpus* de minha relatoria, quando cabível, ordem para impedir a imediata execução de pena em condenações confirmadas em segunda instância, sendo exemplos, o HC 142.376, decisão de 11.5.2017, DJe 15.5.2017; HC 147.953– MC, decisão de 19.10.2017, DJe 23.10.2017; HC 147.981/SP–MC, decisão de 6.10.2017; HC 148.822/SP–MC, decisão de 18.10.2017, DJe 20.10.2017; HC 150.553-MC, decisão de 23.11.2017, DJe 27.11.2017; HC 153.480-MC, decisão de 1º.3.2018; HC 150.226-MC, decisão de 5.12.2017, DJe 12.12.2017; HC 147.764-MC, decisão de 21.9.2017, DJe 26.9.2017; HC 146.818-MC, decisão de 18.9.2017, DJe 20.9.2017; HC 146.815-MC, decisão de 22.8.2017; DJe 24.8.2017.

Saliento que, apesar de ter concedido ordens de *habeas corpus* amparado na impossibilidade do cumprimento antecipado, deneguei a ordem no HC coletivo 154.322, a mim distribuído recentemente, em razão da amplitude do pedido, que era genérico, com a pretensão de suspender todas as execuções antecipadas da pena até o julgamento do mérito da ADC 44. Destaquei, entre outros fundamentos, que a concessão da ordem “geraria uma potencial quebra de normalidade institucional”.

JULGAMENTO PELO STJ: O NOVO MARCO

Destarte, entendo que, estabelecendo-se marco mais seguro, poderíamos manter as linhas gerais do entendimento instituído no HC 126.292. Antes disso, o progressivo tratamento mais gravoso, de acordo com o estágio do processo, poderia antecipar a execução da pena, segundo análise caso a caso, em situações excepcionais, que serão vistas adiante.

Com efeito, o princípio vigente de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, não é absoluto. Estabelece o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

HC 152752 / PR

A literalidade do referido dispositivo prestigia a orientação no sentido da exigência de trânsito em julgado para que se proceda à execução da pena, estando no espectro dessa preclusão maior, na linha do que ficou estabelecido no HC 126.292, dispensar-se tratamento mais gravoso ao réu na mesma medida em que avança o processo com a condenação pelas instâncias soberanas de análise dos fatos.

Daí ter aderido, em um primeiro momento após o julgamento daquele HC, ao entendimento inaugural do Ministro Dias Toffoli na ADC 43, no sentido de que o início da execução da pena deveria aguardar o julgamento do recurso especial (ou AResp) pelo STJ.

No âmbito de sua competência, como os casos citados demonstraram, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena. Destaco o seguinte excerto do voto do Ministro Dias Toffoli:

“Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação”. (ADC 43 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 5.10.2016)

Anote-se que, no referido *habeas* (HC 126.292/SP), esta Corte assentou que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obstaría a execução da pena de prisão estabelecida na decisão penal condenatória. E, diante disso é que 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.

Acresça-se que aguardar o trânsito em julgado, diante da sistemática da repercussão geral, seria alongar indefinidamente a solução judicial, incentivando o uso desmesurado do recurso extraordinário.

É importante citar a redação do art. 637 do CPP, ainda em vigor:

“Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Ressalte-se, também, que a objetivação (dessubjetivação) do recurso extraordinário possui importante fator a ser considerado nessa imbrincada temática, tendo em vista que, na prática, os recursos extraordinários, na imensa maioria das vezes, aguardam indefinidamente para serem julgados, com possibilidade, inclusive, de sobrestamento nacional de todos os processos correlatos (§ 4º do art. 1029 do CPC).

Em razão de todas essas nuances, o **pensamento do possível** aponta para a escolha do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça como a opção que confere maior segurança à execução da pena.

Conforme leciona Zagrebelsy, ao desenvolver a ideia do *pensamento da possibilidade*, é preciso evitar os extremos, evitar o dogma e a *sképsis*, o ceticismo. Destaca que o pensamento da possibilidade é “próprio daqueles que rejeitam tanto a arrogância da verdade possuída quanto a renúncia da realidade aceita” (A crucificação e a Democracia, p. 34).

Em outra passagem, o autor destaca que a lei já foi utilizada para dar ao fascismo e ao nazismo *status* de estados de direito, e aduz:

“assim se chegou ao cúmulo: a legalidade transformada em modo de ser não só de homens de poder-pelo-poder, mas de autênticos salteadores, de acordo com a denúncia de Bertold Brecht e até com o reconhecimento de alguém que conhecia esta realidade por experiência direta, Carl Schmitt”.

Mas conclui: “isto, no entanto, não nos instiga de modo algum a uma demolição crítica da lei enquanto tal e, como reação, a uma exaltação acrítica do direito. Não é lícita uma apologia incondicionada do direito contra a lei. Do mesmo modo que não é lícito o contrário” (A Lei, o Direito e a Constituição).

Ainda na linha do pensamento da possibilidade, já destaquei em outro voto de minha lavra (Ação Cautelar 4070, Rel. Min. Teori Zavascki) que em determinadas situações é possível identificar uma maior ou menor incompletude das normas constitucionais, sendo papel da Corte Constitucional identificar possíveis lacunas e colmatá-las dentro de um plano de razoabilidade. O Professor Peter Häberle é enfático quanto à importância de que o intérprete desenvolva as orientações básicas fixadas pelo texto constitucional. É nesse contexto que o Professor desenvolve o pensamento possibilista (*Möglichkeitsdenken*), num sentido de

conformação e desenvolvimento da cultura jurídica constitucional.

Não é uma ideia distante daquela desenvolvida por Karl Larenz, em sua aclamada Metodologia da Ciência do Direito, na qual aborda os chamados métodos de desenvolvimento judicial do direito. O autor destaca:

“Se bem que a interpretação da lei constitua a tarefa imediata de uma Jurisprudência dirigida à prática jurídica, a Jurisprudência contudo nunca se esgotou nisso. Sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei; por outras palavras: que toda a lei contém inevitavelmente «lacunas». Igualmente se reconheceu desde há muito a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei. É, portanto, um desiderato importante da Jurisprudência pôr à disposição do juiz métodos com ajuda dos quais ele possa cumprir esta tarefa de modo materialmente adequado e conclusivo. Mas, por vezes, não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito de colmatar lacunas da lei, mas da adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau.” (Metodologia da Ciência do Direito, p. 519).

Portanto, dentre as possibilidades de se aguardar uma eternidade até o julgamento definitivo da condenação em recurso extraordinário, e a execução imediata (e automática) da pena pelo tribunal de apelação, o **julgamento pelo STJ constitui medida (possibilidade) mais segura.**

Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um **ajustamento do momento inicial para a execução da pena**, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e

a com a nossa realidade. Não se altera a essência do entendimento majoritário desta Corte estabelecido no HC 126.292, de esgotamento das instâncias soberanas na apreciação dos fatos para se considerar imutável a condenação, apenas muda-se o marco.

TRÂNSITO EM JULGADO PROGRESSIVO

A propósito, o **sistema italiano** estatui, nos termos dos arts. 648 e 650 do *Codice di Procedura Penale*, que as **sentenças penais são executáveis** (obrigatoriamente) **no dia do julgamento pela Corte de Cassação** (equivalente ao nosso STJ). Essa a dicção literal dos preceptivos:

“Articolo 648. Irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali.

1. Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione.

2. Se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso.

3. Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile.

(...)”

“Articolo 650. Esecutività delle sentenze e dei decreti penali.

1. Salvo che sia diversamente disposto, le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili.

2. Le sentenze di non luogo a procedere hanno forza esecutiva quando non sono più soggette a impugnazione”.

O **modelo italiano** tem ainda outra regra bastante interessante, ao admitir a **formação progressiva do trânsito em julgado**. Havendo uma pena mínima (líquida) já com trânsito em julgado, dá-se início à execução. São hipóteses em que, exemplificativamente, a sentença condena o réu em dois crimes (furto e receptação), mas a apelação volta-se apenas contra um dos delitos. Executa-se a parte não recorrida.

“Articolo 624. 1. Se l’annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata. 2. La Corte di cassazione, quando occorre, dichiara nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili. L’omissione di tale dichiarazione è riparata dalla Corte stessa in camera di consiglio con ordinanza che deve trascriversi in margine o in fine della sentenza e di ogni copia di essa posteriormente rilasciata. L’ordinanza può essere pronunciata di ufficio ovvero su domanda del giudice competente per il rinvio, del pubblico ministero presso il medesimo giudice o della parte privata interessata. La domanda si propone senza formalità. 3. La Corte di cassazione provvede in camera di consiglio senza l’osservanza delle forme previste dall’articolo 127”.

Perceba-se, o **trânsito em julgado progressivo** está em sintonia com o entendimento desta Corte, esposado no aludido HC 126.292, ao estabelecer a definitividade da condenação com o esgotamento do debate sobre aspectos fáticos da imputação. Não recorrendo o réu de alguma das penas aplicadas, ou apelando para discutir outras questões, passa-se a ter a chamada **pena mínima exequível** – *“il giudicato può avere una formazione non simultanea, ma progressiva”*, formação de coisa julgada progressiva, não simultânea.

A execução parcial da sentença não é um instituto por nós desconhecido. Integra nosso arcabouço jurídico, estando assentado no Código de Processo Civil sobre a execução por capítulos da sentença,

conforme dicção dos arts. 509, § 1º, 523, 975 do CPC, que autorizam a execução da parcela incontroversa da sentença. Com essa ótica, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena possa ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso, quando parte da condenação tornou-se incontroversa.

Na mesma linha da **formação progressiva do trânsito em julgado** da condenação, podemos situar questões precipitadas em *habeas corpus*, impetrado paralelamente à interposição de recursos extraordinários (especial e extraordinário).

A prática forense tem demonstrado a utilização de forma meramente estratégica do sistema recursal, como meio para se adiar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A discussão real acaba sendo deflagrada, com amplitude, em *habeas*. As questões colocadas no remédio heroico consubstanciariam o continente em relação àquelas matérias lançadas em sede recursal.

Existem casos emblemáticos que bem ilustram o mau uso da via recursal para fins de se atingir a impunidade, frustrar a aplicação da lei penal. Todos os dias nos deparamos, aqui, com essa multiplicidade de agravos e embargos de declaração como instrumentos impeditivos do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição. Essa observação, aliás, já havia feito no HC 126.292.

Por essa razão, deve-se dar alguma consequência prática ao julgamento antecipado da causa por meio do *habeas corpus*. Não se está fechando as portas ao remédio heroico, mas uma vez analisada a matéria nele tratada, normalmente ainda mais abrangente que o conteúdo dos recursos extraordinários, torna-se despiciendo aguardar o julgamento destes (caso venham a ser admitidos). A defesa decidiu queimar etapas fazendo uso de *habeas corpus*.

Sendo assim, analisada a matéria em sede de *habeas corpus* precipitado pela defesa, não se justifica aguardar-se o julgamento de REsp ou AResp pelo STJ (novo marco para início da execução da pena), devendo-se, desde logo, por força da **formação progressiva do trânsito em julgado**, dar-se início ao cumprimento da pena. Com isso, caberá a defesa repensar suas estratégias!!!

GRAVIDADE DO CRIME

Por fim, à luz da realidade que nos cerca, penso que podemos avançar ainda mais para uma última possibilidade de antecipação do início de cumprimento da pena. Para melhor exprimir essa necessidade, retomo, aqui, o raciocínio que permeou meu voto no HC 126.292. Disse naquela ocasião:

“... E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da Justiça. Ainda há pouco e é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal, esse crime, por todas as razões, reprovável, ocorrido em Unai, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico.

Outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. Manda matar a suplente (...) ficou anos respondendo solto, vai a júri... Tem que se pensar em alguma coisa.

O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves.

Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação”.

Em todas essas hipóteses e pontos suscitados, fica claro que, se o trânsito em julgado da condenação é a regra, nosso ordenamento jurídico autoriza que se extraiam exceções, especialmente em fases avançadas do processo penal.

Situações excepcionais, para hipóteses de crimes graves, em que normalmente se impõe o regime fechado, pode-se dar início ao cumprimento da pena a partir do segundo grau de julgamento. Haveria cautelaridade na aplicação imediata da pena, em hipóteses tais, como para a garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal.

A execução antecipada da pena constitui exceção em nosso sistema, sendo regra o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória, como acentuou o Ministro Peluso (HC 84.078-MG) “não se pode conceber um processo justo onde se aplique a alguém, pelo mero fato de ser réu, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação de sua liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

Porém, conforme manifestei anteriormente, podemos avançar um pouco também no sentido do modelo alemão, que com o nosso não conflita neste ponto. Ali, muito embora não exista expressa menção à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

No plano legal, o Código de Processo Penal da Alemanha (*Strafprozeßordnung*) afirma que as sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado (§449: *Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*). A despeito disso, se

HC 152752 / PR

o acusado é fortemente suspeito (*dringen verdächtig*) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso.

Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão §§ 112 e 112a do *Strafprozeßordnung*. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht* , 19, 342).

Conforme dissemos, o processo avança e a culpa se acentua. Com a condenação ou com sua confirmação em segundo grau de jurisdição, surge aí um título executivo, ainda que precário, sujeito a recursos especial e extraordinário, mas que autoriza e recomenda uma nova avaliação das circunstâncias do caso, com o escopo de se aquilatar a necessidade do início do cumprimento da pena em casos de crimes graves. Nisso repousa a cautelaridade esperada do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Não é por outro motivo que, em situações limites, de gravidade acentuada, tenho denegado *habeas corpus* impetrado para suspender o início da execução da reprimenda determinada após o julgamento de segundo grau. Dentre outros, cito os seguintes casos:

No HC 151.259-SP, decisão de 23.2.2018 (DJe 27.2.2018), o paciente foi condenado, por tráfico de drogas e associação, à pena de 44 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade. O TJ/SP no julgamento do apelo defensivo reduziu a pena para 43 anos e 4 meses de reclusão, mantidos o regime inicial fechado e a custódia preventiva. Por sua vez, o STJ redimensionou a pena para 38 anos, 4 meses e 20 dias. Entendi que a prisão estava devidamente justificada, pois o paciente era responsável pelo

HC 152752 / PR

transporte de expressiva quantidade de droga e pela liderança dos membros da organização criminosa.

RHC 150.705 MG, decisão de 18.12.2017 (DJe 1º.2.2018), paciente condenado à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tráfico interestadual de drogas (quase uma tonelada de maconha). Apelo desprovido. Justificada a negativa do direito de recorrer em liberdade no fundado risco de reiteração delitiva (paciente reincidente específico).

HC 151.571- GO, decisão de 23.3.2018 (DJe 27.3.2018), paciente condenado à pena de 15 anos de reclusão, regime inicial fechado, pela prática de homicídio triplamente qualificado. Com o julgamento do apelo do Ministério Público, a pena foi majorada para 16 anos de reclusão e determinado o início da execução provisória da pena. Agravo em recurso especial pendente. Prisão justificada na necessidade de garantia da ordem pública. Homicídio ocorrido em 2004.

No HC 147.957-RS, decisão de 23.11.2017 (DJe 27.11.2017), tratava de homicídio duplamente qualificado. Condenação à pena de 17 anos de reclusão. Vítima: ex-esposa. Crime grave. Prisão justificada na necessidade de garantir a ordem pública.

HC 149.366-SP, decisão de 23.11.2017 (DJe 27.11.2017), homicídio qualificado. Condenação à pena de 12 anos de reclusão em regime fechado. O STJ negou seguimento ao agravo em recurso especial. Prisão justificada. Garantia da ordem pública.

HC 148.874-SP, decisão de 31.10.2017 (DJe 8.11.2017), dois pacientes. Duplo homicídio qualificado. Condenação às penas de 15 e 16 anos de reclusão. Apelo desprovido. Prisão justificada na necessidade de evitar a reiteração delitiva.

HC 152752 / PR

HC 148.452-ES, decisão de 10.10.2017 (DJe 11.10.2017), caso de estelionato e uso de documento falso, em continuidade delitiva. Pena de 15 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Condenação confirmada em 2ª instância. Necessidade da prisão justificada em razão dos maus antecedentes do paciente de modo a acautelar a ordem pública.

A garantia da ordem pública e o esgotamento das vias ordinárias constituem importantes pressupostos para a aferição da necessidade da prisão. Caberá à jurisprudência reconstruir e dar significado à ordem pública.

Sabe-se que o conceito de garantia de ordem pública é assaz impreciso e provoca grande insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista a possibilidade de se exercer, com esse fundamento, certo e indevido controle da vida social, como anotado por Eugênio Pacelli (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 434)

A garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime. Assim pensa Júlio Fabbrini Mirabete (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal interpretado, 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 803):

“A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional”.

HC 152752 / PR

Assinale-se que não se está apregoando a recepção do clamor público como fato gerador da prisão preventiva, hipótese já rechaçada pelo Supremo Tribunal (HC 80.719/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ 28.9.2001). 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. O clamor das ruas não deve orientar as decisões judiciais.

O que se quer dizer é que a própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável.

Dissemos, em nosso Curso de Direito Constitucional, que o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas visa também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 616).

Esgotadas as vias ordinárias, com imposição de pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, o cumprimento da pena se justificaria para garantir a ordem pública ou a aplicação da lei penal. Repita-se, sempre em situações excepcionais, devidamente fundamentada a decisão depois de confirmada a condenação em segundo grau.

Tais critérios acima expostos são diretrizes iniciais, um norte ou ponto de partida para que os Tribunais analisem, concretamente, caso a caso, a necessidade de se antecipar o início do cumprimento da pena em crimes graves.

Deve-se expungir a ideia equivocada de prisões automáticas decorrentes de condenação em segundo grau, sem critério, sem levar em consideração a natureza do crime e as circunstâncias do caso concreto.

Caberá a esta Corte e aos tribunais superiores delinear com precisão, reescrevendo-se conceitos e significados, as hipóteses excepcionais em que a ordem pública autoriza a antecipação da execução da pena, diante da regra da prevalência do princípio da presunção de inocência.

Em conclusão, penso que a regra da presunção de não culpabilidade, diante da formação progressiva da culpa, permite o início da execução da pena a partir do julgamento pelo STJ de REsp e AResp (fixando-se limite nos primeiros Embargos Declaratórios), marco de maior segurança jurídica, quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena.

Fora desse marco, abrem-se **três possibilidades de antecipação da execução da pena**:

A primeira: possibilidade de antecipar-se a execução da pena ocorreria com o **trânsito em julgado progressivo** da sentença condenatória, tendo em vista que parte ou **parcela da pena tornou-se líquida** por falta de argumentação recursal. A pena incontroversa poderia ser executada ainda na primeira instância (execução da pena mínima).

A segunda: possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do **trânsito em julgado progressivo**, decorrente agora da precipitação em *habeas corpus* (**denegado**) **do exame pelo STJ ou pelo STF** de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário), tornando desnecessário aguardar o julgamento destes para o cumprimento da reprimenda.

A terceira: uma vez confirmada a condenação em segundo grau de

HC 152752 / PR

jurisdição, formando-se, portanto, título executivo mais robusto, abre-se a possibilidade, em **crimes graves, regime fechado**, de nova análise do cabimento da antecipação da execução da pena para **garantia da ordem pública** ou da aplicação da lei penal.

Assim, voto no sentido de **conceder em parte a ordem de *habeas corpus*** para que, eventual cumprimento de pena, ocorra somente a partir do julgamento pelo STJ.

É como voto.

Em elaboração