

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### Processo penal - Sentença condenatória confirmada em segunda instância - Expedição de mandado de prisão - Execução provisória da pena - Ordem concedida

1. A questão tratada no presente *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa.

2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF nº 534).

3. Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora.

4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o HC 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida.

#### **HABEAS CORPUS Nº 98.166-6 - MG - RELATORA: MINISTRA ELLEN GRACIE**

Paciente: Jorge Lázaro de Figueiredo. Impetrante: Carolina Emmanuele Silva Mesquita. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

#### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 2 de junho de 2009. - *Ministra Ellen Gracie* - Presidente e Relatora.

#### **Relatório**

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem em *writ* anteriormente aforado perante aquela Corte. A decisão do STJ recebeu a seguinte ementa (HC 119.291/MG, fl. 132):

*Habeas corpus*. Processo penal. Concessão do direito de recorrer em liberdade. Apelação julgada. Exaurimento das instâncias ordinárias. Execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Possibilidade. Agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial. Ausência de efeito suspensivo. Precedentes.

1. Exauridas as instâncias ordinárias, a custódia do Paciente é mero efeito da condenação. Interposto Agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial, mesmo em se admitindo seu processamento, não tem efeito suspensivo, razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

2. *Habeas corpus* denegado.

Narra a inicial que o paciente foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 213 do Código Penal.

A defesa interpôs recurso de apelação, que foi improvido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Interposto recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, o mesmo não foi admitido pela Corte de origem. Ato contínuo, interposto o respectivo agravo de instrumento, ainda pendente de julgamento pelo STJ.

Notícia que, posteriormente, os autos principais foram encaminhados ao Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ouro Preto/MG, que determinou a expedição do mandado de prisão, cumprido em 14.07.2008 (fls. 90 e 92). Contra esse ato, foi impetrado *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem sob o fundamento da possibilidade de execução provisória da pena. Observa, ainda, a impetração do HC 119.291/MG perante o Superior Tribunal de Justiça, que negou a ordem pleiteada.

Sustenta a impetrante, em síntese, a “impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva” (fls. 05/16).

Registra que o “crime fora cometido em 23 de setembro de 2001, conforme disposto na denúncia (cópia anexa), durante todo o processo (é dizer, mais de 7 anos), o paciente não foi preso nenhuma vez, em nenhuma modalidade de prisão, porque não havia qualquer motivo que autorizasse a prisão cautelar” (fl. 11).

Requer a concessão de provimento liminar, para o fim de suspender a execução provisória da pena, determinando a revogação do mandado de prisão e, por conseguinte, a expedição de alvará de soltura (fl. 17). No mérito, pretende a ratificação dessa medida (fl. 18).

2. Parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pela concessão da ordem (fl. 147).

É o relatório.

## Voto

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (Relatora) -  
1. A questão tratada no presente *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa.

2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, *Informativo STF* n° 534).

Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora, pelos seguintes fundamentos que ora transcrevo:

1. A questão central debatida neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade (ou não) de expedição do mandado de prisão contra pessoa que teve sua condenação mantida ou imposta na segunda instância dos órgãos jurisdicionais locais. Tal hipótese envolve a temática do esgotamento das instâncias ordinárias e, conseqüentemente, de imposição da prisão em decorrência da condenação ainda não transitada em julgado.

Princípio Constitucional da Presunção de Não-Culpabilidade (art. 5º, LVII).

2. Dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal - e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores - é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado. Todavia, a sentença condenatória que seja mantida pelo tribunal após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa a salvo tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação

probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.

3. Segundo entendo, a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo-poderoso Estado (acusador e juiz). Longe estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Naquele tempo, nem tão distante, mas felizmente superado, o recolhimento à prisão era a regra. A simples suspeita levantada contra alguém podia levá-lo à prisão por tempo indefinido. Foi este o uso, por exemplo, na França pré-revolucionária, onde o encarceramento, mais que uma política de controle da criminalidade, servia como hábil método de coerção sobre a vontade de devedores relapsos e até mesmo de filhos rebeldes. A rica literatura da época nos oferece excelentes relatos a esse respeito.

Mais recentemente, o direito soviético também optou por esse ‘privilegio da acusação’, e a crônica literária, ainda aqui, nos dá conta das violações de direitos decorrentes. No campo mais ameno da sátira, é conhecida a história da lebre que, ao cruzar a fronteira da ex-URSS, encontrou-se com uma doninha. Esta lhe perguntou: ‘Por que você está fugindo?’ Diz a lebre: ‘Mandaram prender todos os camelos’. E a outra, atônita: ‘Mas você não é um camelo!’ ‘Claro’, remata a lebre, ‘mas como é que eu faço para provar isso?’ O Ministro Celso de Mello, no brilhante voto proferido no HC 73.338, relembrou que entre nós o Estado Novo, ‘com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, criou para o réu a obrigação de provar a sua própria inocência’. Ora, se aos simples acusados o direito de então não os resguardava do encarceramento, menos ainda aos condenados em processos conduzidos muitas vezes sem oportunidade para o contraditório e o exercício efetivo do direito de defesa.

Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória confirmada pelo tribunal. Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem, ante a prática criminosas e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressentida.

4. Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art. 5º, LIV). O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal - mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmaras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela promotória e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não sejam obtidos por

meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessa circunstância, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisdicional que lhe está à altura.

É, num quadro de grande rigor formal, que, uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau, tal demonstração embasará a sentença condenatória que nela deverá fundar suas conclusões, em relação necessária de causa e consequência lógica. A sentença é silogismo pelo qual se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas constantes dos autos. E sua confirmação pelo tribunal culmina por impedir qualquer rediscussão sobre questões de fato relacionadas ao caso concreto.

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade, desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão, a partir da sentença condenatória de primeira instância. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Essa análise não podem fazê-la nem o Superior Tribunal de Justiça e nem o Supremo Tribunal Federal. Tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo (Lei 8.038/90, art. 27, § 2º). Não creio que extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da Justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366.

Nesta linha, vale lembrar, mais uma vez, as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026:

‘Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva’.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

5. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, ‘não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade’ (HC 73.151, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996). Vejamos o seu teor:

‘Ninguém pode ser privado de liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas’. (art. 7º, nº 2)

Vale dizer, o que a Convenção está a reafirmar é a antiga regra segundo a qual a prisão só se pode efetuar nas hipóteses autorizadas pelas constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação editada em sua conformidade. Sua redação não significa indenidade contra efeitos de sentença condenatórias regularmente proferidas e mantidas pelo tribunal, após instrução processual regular em que assegurado o direito de defesa, nos termos da legislação interna de cada país.

Além do mais, o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. Di-lo o Professor José Frederico Marques, citado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.366:

‘Vigora no Direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derogá-lo em hipóteses especiais’.

E mais. O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a ‘superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos’ (Min. Francisco Rezek, no HC 72.366). Seria demasia, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de San José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva desde país. Leia-se o art. 25, § 1º, da Convenção:

‘Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais’.

Portanto, quando a Convenção, nesse artigo, fala em recurso simples e rápido, não está a significar apelação ou acesso ao segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição. O termo recurso, aí empregado, remete à possibilidade, meio ou modo de obter-se remédio pronto contra prisão ilegal. Por isso mesmo, faz destinatários das súplicas os juízes e os tribunais competentes, atento às diferentes formas de organização judiciária. Em resumo, a garantia posta em tal artigo encontra-se incluída no conteúdo do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal:

‘A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente [...]’. É mais ampla a proteção pela Constituição Federal. Ela obriga a própria autoridade a submeter a prisão ao crivo do juiz competente. A não ser que se pretenda tomar literalmente uma versão deficiente como a letra definitiva da Convenção, é forçoso reconhecer que também ali não foi consagrado como garantia inarredável o duplo grau de jurisdição. Recurso, na redação do art. 25, § 1º, da Convenção, não significa manifestação de inconformidade contra uma decisão judicial.

O Princípio da Proporcionalidade.

6. O princípio da proporcionalidade é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe, também, a insuficiência. De fato, a noção de proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vincula igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, de um lado, a proibição do excesso, de outro, a proibição da insuficiência.

Não identifico excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não modificada, uma sentença conde-

natória mantida pelo tribunal. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada. Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias. Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza. Ademais, frágil me parece, com a vênia devida, a tese de que as formas diferentes de execução de uma sentença civil proferida contra devedor inadimplente e de uma sentença penal proferida contra sujeito ativo de crime possam comprometer o princípio da proporcionalidade na esfera penal, apenas porque constituem tratamento normativo desigual. Os bens jurídicos tutelados são diversos; diversas, portanto, as formas de execução.

7. Ressalto, ainda, que, enquanto a condenação não for mantida pelo terceiro grau de jurisdição, o condenado não ingressa no regime prisional. Aguarda, em presídio próprio, a definitividade da condenação. Só depois da carta de guia é que inicia o cumprimento da pena no regime prisional que foi estabelecido pela sentença condenatória. Não se cuida, portanto, de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação mantida pelo segundo grau de jurisdição, dado que os recursos especiais ou extraordinários não se prestam ao reexame da prova, nem dos fatos.

8. Diante do exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

3. No caso em tela, a sentença que condenou o paciente pelo crime de estupro foi confirmada, à unanimidade, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Contra esta decisão colegiada foi interposto recurso especial perante a Corte estadual, que inadmitiu o apelo. Irresignada, a defesa interpôs o respectivo agravo de instrumento, que, ainda, se encontra pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Considerando que o recurso especial não possui efeito suspensivo, bem como todas as razões acima expostas, entendo correta a decisão da Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ouro Preto/MG que, diante do trânsito em julgado da condenação, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (fl. 90).

4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o HC 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Registro, ademais, que a decisão que determinou a prisão do ora paciente não se encontra fundamentada nos pressupostos que autorizam a segregação cautelar prevista no art. 312 do Código de Processo Penal (fl. 90).

5. Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*, para o fim de assegurar o direito de o paciente

Jorge Lázaro de Figueiredo recorrer em liberdade, somente podendo ser preso após o trânsito em julgado da condenação.

#### Extrato de ata

Decisão: A Turma, à unanimidade, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 02.06.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.  
(Publicado no DJe de 19.06.2009.)

...