

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISV O T O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:**

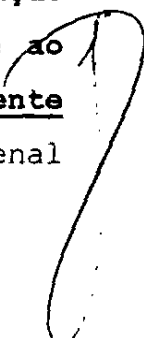
Senhor Presidente, alinho-me à antiga corrente, que era majoritária nesta Corte, no sentido de entender como **viável a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição.**

Considero que as decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo graus de jurisdição, **no sentido da condenação do réu, como é o caso presente, devem ser respeitadas e levadas a sério,** pois os órgãos judiciários prolatadores de decisões de mérito são **presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer.**

Isto significa que não se deve fazer **letra morta** das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Do contrário, **melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal,** já que somente com uma decisão irrecorrível desta Corte se poderá dar credibilidade a uma decisão condenatória.

Considerando, assim, a **legitimidade das instâncias ordinárias para proferir decisões condenatórias dotadas de efetividade,** penso ser necessário que esta Corte permita sua **execução provisória,** sob pena de as tornarmos **despiciendas.**

É de se ter em conta que a **possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo,** evitando que se **frustre a condenação já exaustivamente determinada** nas instâncias ordinárias, sem que a ação penal



HC 84.078 / MG

tramitou e foi submetida à análise **percuciente** pelos órgãos competentes para análise dos fatos.

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal **causará verdadeiro estado de impunidade** - considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor **cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos** (e nisto o nosso ordenamento é rico), **de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.** o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas.

Veja-se que **não se trata de relegar à inoperância o princípio da presunção de inocência do acusado**, mas se estará a velar pelo cumprimento **provisório** de provimento condenatório, já **exaustivamente decidido nas instâncias ordinárias.** Volto a frisar, as instâncias competentes para exame dos fatos. Ora, o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da **prisão preventiva e da prisão temporária.**

Relativamente ao condenado, a execução provisória da pena **também é de ser admitida**, considerada **não a culpa incontestada do réu**, mas a **existência de decisões judiciais condenatórias, calcadas nos exames dos fatos, que tornam legítima a privação da sua liberdade.**

HC 84.078 / MG

Colaciono trecho de Cândido Rangel Dinarmarco que bem expressa a minha preocupação com a legitimidade e utilidade do processo penal (in A reforma do Código de Processo Civil, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 22):

"... a segunda metade do século XX caracterizou-se (...) como um **tempo de mudanças**. O monumental esforço dos idealistas portadores da bandeira da **efetividade do processo** abriu espaço para a consciência da **necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais** e que **deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo**".

Para além disto, é de se ressaltar que os recursos extraordinário e especial **não são dotados de efeito suspensivo** em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual **não se configura violação ao princípio da não-culpabilidade a determinação de cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente**.

Aliás, **não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição**, tanto é que há processos julgados em **única instância** por esta Corte; **menos ainda haveria direito a um triplo grau**! Nem mesmo o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a existência de um **terceiro grau** de jurisdição, **como ora se pretende**. A garantia está restrita ao **direito de recorrer contra a sentença condenatória**, como dispõe o art. 8º, nº 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45, ao **condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença de repercussão geral**, veio a **reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária**.

HC 84.078 / MG

Esta tendência de racionalização da atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, contribui para a concretização do direito à razoável duração do processo.

Com base nesta Reforma, é possível sustentar a existência de uma *voluntas legis* no sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais.

Noutras palavras: o princípio constitucional da não culpabilidade, pelo menos no que diz respeito ao recurso extraordinário da competência desta Corte, há de ser agora conciliado (e ponderado) com a regra constitucional segundo a qual o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões jurídicas que transcendam o interesse subjetivo do recorrente.

Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos.

HC 84.078 / MG

Assim, é de ser mantida a possibilidade de execução provisória da pena, pelos argumentos já expendidos nos precedentes mais antigos desta Casa, que firmam o entendimento de que o princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus não obsta a constrição do *status libertatis* do condenado.

É claro que, neste momento, a execução da sentença será provisória, e não ainda definitiva, tendo em vista a ausência do trânsito em julgado e o "estado de inocência". Aliás, este é, a meu ver, o sentido em que deve ser interpretado o art. 105 da Lei de Execuções Penais, cujo teor é o seguinte:

"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."

Trata-se, é claro, da **guia de recolhimento definitivo**. Não há qualquer óbice, contudo, à expedição da **guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado**, mesmo porque a lei não a veda! Ao contrário, a norma em questão prevê que o réu pode já estar preso quando do trânsito em julgado, de modo que, inequivocamente, o dispositivo legal em questão trata da expedição da **guia de execução definitiva** da pena.

É importante, ainda, levarmos em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, como dispõem os artigos 27, §2º, da Lei nº 8.038/90, e art. 637 do Código de Processo Penal. Nos termos deste último dispositivo legal, *verbis*:

"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."

Assim, na esteira do que determinado pelo legislador processual penal, considero que a atribuição do **efeito meramente**

HC 84.078 / MG

devolutivo aos recursos de natureza extraordinária **não viola a Constituição da República, permitindo que o condenado impugne aquilo que considera passível de recurso, sem impedir o seu recolhimento ao estabelecimento prisional apropriado.**

Não creio haver maiores riscos para o *ius libertatis* com este posicionamento, considerando-se os inúmeros recursos que chegam a ser providos por esta Corte e sabendo-se, de antemão, que **os fatos e provas** discutidos nos autos **não mais poderão ser objeto de análise no bojo do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial**, o que ilide, em muito, a possibilidade de cometimento de arbitrariedades.

Por estas razões, entendo que **não faz sentido interpretar-se os Recursos Excepcionais como uma nova apelação** e, com base no princípio da presunção de inocência, deixar de executar o acórdão **tão-somente em razão de o réu haver interposto um Recurso Extraordinário, que muitas vezes sequer será admitido, por ausência dos pressupostos recursais.**

Faço isso com a maior tranquilidade por que tenho consciência de que em todas as nações civilizadas é assim que se procede. Esgotada a instância ordinária, ou seja, julgado o réu por um juiz de primeira instância e examinado o seu recurso por um tribunal de apelação, a regra é o cumprimento imediato da decisão.

O máximo que poderá haver é algum vício formal ou exclusivamente jurídico, que somente **raríssimas vezes** tem o efeito de anular uma sentença condenatória.

Em **tais casos**, contudo, **se o condenado entender que está sofrendo constrangimento ilegal contra a sua liberdade**, por força de uma nulidade gravíssima e insanável na ação penal a que respondeu, **restar-lhe-á a via do habeas corpus**, em que poderá

HC 84.078 / MG

demonstrar referida nulidade e solicitar a suspensão do cumprimento da pena.

Ainda assim, a meu ver, **referida alegação somente poderá ser conhecida em caso extremo**, de patente ilegalidade, tal como a Corte vem fazendo nos casos de superação da Súmula nº 691/STF. Os critérios devem ser semelhantes.

Ou seja: a regra é a pronta execução da sentença condenatória, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, que constitui o devido processo legal.

Excepcionalmente, poderiam os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal apreciar **pedido de habeas corpus**, no sentido de suspender a execução da pena privativa de liberdade caso tenha ocorrido erro grave ou nulidade insanável no julgamento de primeiro ou segundo grau, demonstrados de plano.

Outra questão que considero importante diz respeito aos **termos** em que a sentença condenatória é proferida, no primeiro grau de jurisdição.

Uma **fórmula corriqueira**, quando o juiz pretende permitir ao réu a interposição do recurso de apelação em liberdade, é aquela em que diz: "Concedo ao réu o **direito de recorrer em liberdade**". Foi, exatamente, a expressão utilizada no caso em análise.

Claramente, a meu ver, este "**direito de recorrer em liberdade**" diz respeito, **unicamente**, ao recurso de apelação, que é o possível de ser interposto contra a sentença. Não se refere nem pode se referir, portanto, a **futuros e incertos recursos contra o eventual acórdão proferido no julgamento da apelação**. Até porque, *a priori*, não cabe ao juiz de primeira assegurar efeito suspensivo aos recursos de natureza especial e extraordinária, porque a cada tribunal superior cabe a palavra

HC 84.078 / MG

final em matéria de **admissibilidade** dos recursos constitucionais da sua alçada.

De todo modo, **quando** a sentença condenatória afirmar que **assegura ao réu o direito de responder em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória** - o que não constou da sentença proferida nos autos da ação penal de origem, *in casu* -, então, ou bem o Ministério Público **recorre** desta decisão, **ou terá ela transitado em julgado** para a acusação, **não podendo haver reformatio in pejus** neste ponto.

Por fim, deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica.

Por todo o exposto, Senhor Presidente, meu voto, na hipótese, é pela **denegação da ordem, admitindo a execução provisória da pena** uma vez (exauridas as instâncias ordinárias).

É como voto.

