

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 145.380 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : [REDACTED]
IMPTE.(S) : **RODRIGO JOSE MENDES ANTUNES**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC Nº 403.251 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DECISÃO

**PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA –
PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE.**

**HABEAS CORPUS – LIMINAR –
DEFERIMENTO .**

**HABEAS CORPUS – SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA
DE PREJUÍZO.**

1. A assessora Dra. Mariana Madera Nunes prestou as seguintes informações:

A Primeira Vara Federal de Presidente Prudente/SP, no processo nº 0008557-94.2013.403.6112, condenou o paciente a 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, ante a prática do delito descrito no artigo 334, § 1º (descaminho), do Código Penal. Substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

A Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao prover parcialmente a apelação interposta pela defesa, fixou a sanção em 1 ano e 2 meses de reclusão, afastando a consideração negativa das circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à personalidade do agente.

HC 145380 MC / SP

Desproveu embargos declaratórios. Recursos especial e extraordinário foram inadmitidos. Em 4 de maio de 2017, o Vice-Presidente determinou o início da execução provisória da pena, aludindo ao decidido pelo Supremo no *habeas corpus* nº 126.292 e nas medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade nº 43 e nº 44.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o *habeas corpus* nº 403.251/SP, o qual teve a liminar indeferida pelo Relator.

O impetrante aponta constrangimento ilegal decorrente da ausência de fundamentação do ato que implicou a execução antecipada das sanções restritivas de direito. Destaca a inexistência de efeito vinculante do precedente firmado pelo Supremo no *habeas* de nº 126.292. Afirmar haver sido formalizado agravo em recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, em que postulado o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão.

Requer, no campo precário e efêmero, a suspensão da execução provisória da pena. No mérito, pretende a confirmação da providência.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 29 de junho de 2017, revelou que agravo em recurso especial nº 1.118.750/SP encontra-se pendente de apreciação, concluso ao Relator.

A fase é de exame da medida acauteladora.

2. Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

HC 145380 MC / SP

penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção.

O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “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”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de pena antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas corpus* nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo

HC 145380 MC / SP

ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ao tomar posse neste Tribunal, há 27 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

3. Defiro a medida acauteladora para suspender a execução provisória do título condenatório, formalizado no processo nº 0008557-94.2013.403.6112, da Primeira Vara Federal de Presidente Prudente/SP. Advirtam o paciente da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão médio, integrado à sociedade.

4. O curso deste *habeas* não prejudica o de nº 403.251/SP, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça. Remetam cópia desta decisão, com as

HC 145380 MC / SP

homenagens merecidas, ao relator, ministro Antônio Saldanha Palheiro.

5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.

6. Publiquem.

Brasília, 13 de julho de 2017.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator