

08/08/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 138.633 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES  
PACTE.(S) : PATRICIA ESTEVES DE PINHO  
PACTE.(S) : JOSÉ ROBERTO NEVES DA SILVEIRA  
IMPTE.(S) : BRAZ FERNANDO SANT ANNA E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DA MC Nº 25.823 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS* CONTRA INDEFERIMENTO MONOCRÁTICO DE PEDIDO DE LIMINAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida por relator que indefere o pedido de liminar em reclamação requerido a tribunal superior, sob pena de indevida supressão de instância. Incidência, por analogia, da Súmula 691/STF.

2. Inexistência de teratologia ou caso excepcional que caracterizem flagrante constrangimento ilegal.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria de votos, acordam em não admitir a impetração e revogar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente e Relator. Falou o Dr. Braz Fernando

**HC 138633 / RJ**

Sant'anna, pelos Pacientes.

Brasília, 8 de agosto de 2017.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES  
Redator para acórdão

08/08/2017

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 138.633 RIO DE JANEIRO**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REDATOR DO** : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**  
**ACÓRDÃO**  
**PACTE.(S)** : **PATRICIA ESTEVES DE PINHO**  
**PACTE.(S)** : **JOSÉ ROBERTO NEVES DA SILVEIRA**  
**IMPTE.(S)** : **BRAZ FERNANDO SANT ANNA E OUTRO(A/S)**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **RELATOR DA MC Nº 25.823 DO SUPERIOR**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Mário Henrique Ditticio:

O Juízo da Oitava Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, no processo nº 0523652-15.2003.4.02.5101, condenou os pacientes a 11 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, ante a prática das infrações previstas nos artigos 288, cabeça (quadrilha), e 171, § 3º, cumulado com o 71 (estelionato contra entidade de direito público, em continuidade delitiva), do Código Penal.

Em apelação, a Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região reduziu as penas para 7 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime de cumprimento.

Na sequência, foi interposto o recurso especial nº 1.392.424. Ainda na pendência de julgamento, o Ministério Público Federal requereu a execução provisória das sanções, aludindo ao acórdão formalizado, pelo Pleno do Supremo, no *habeas* de nº 126.292.

**HC 138633 / RJ**

No Superior Tribunal de Justiça, medida cautelar nº 25.823, a defesa visou fosse conferido efeito suspensivo ao recurso especial. Afirmou que as teses veiculadas estavam em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Mencionou o pedido do Órgão acusador referente à execução antecipada, a fim de demonstrar o perigo da demora. O Relator indeferiu a liminar, dizendo ausente manifesta ilegalidade.

Os impetrantes apontam inadequado o verbete nº 691 da Súmula do Supremo, sublinhando que o pronunciamento atacado não é proveniente de *habeas corpus*. Salientam a previsão do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Informam que o Juízo, mesmo não tendo mais jurisdição no processo, acolheu o pedido do Ministério Público e determinou a expedição de mandados de prisão contra os pacientes, em execução antecipada da pena. Asseveram a ocorrência de retroatividade prejudicial de precedente jurisprudencial, por se haver evocado ato decisório de 2016 para afastar o direito de recorrer em liberdade reconhecido em 2012, na apelação. Arguem o atendimento dos requisitos necessários ao implemento da medida acauteladora.

Requereram, em âmbito liminar, o recolhimento dos mandados de prisão, a fim de assegurar aos pacientes que permaneçam soltos até a apreciação final deste *habeas*. No mérito, buscam garantir o direito de cumprirem a pena imposta na condenação somente quando alcançada a preclusão maior. Sucessivamente, postulam a atribuição de efeito suspensivo ao especial.

Vossa Excelência, em 30 de novembro de 2016, implementou a liminar para suspender a execução provisória. A decisão foi estendida a Alexandre Sfrappini.

A Procuradoria-Geral da República opina pela inadmissão do *habeas*, dizendo-o incabível contra ato individual, presente o

**HC 138633 / RJ**

verbete nº 691 da Súmula. Assevera não haver ilegalidade a ser reparada.

Anoto que o Juízo, em 8 de julho de 2016, deferiu o pedido do Órgão acusador, determinando a expedição dos mandados de prisão, e declarou extinta a punibilidade, observada a prescrição da pretensão punitiva, em relação ao delito de quadrilha.

Em consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, realizada em 4 de julho de 2017, constatou-se que o recurso especial está concluso ao Relator.

Lancei visto no processo em 14 de julho de 2017, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 8 de agosto seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

08/08/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 138.633 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

*HABEAS CORPUS* – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* mostra-se adequado quer se trate de ato individual, quer de Colegiado.

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, imprópria é a execução provisória de título condenatório sujeito a modificação na via da recorribilidade.

A preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República não procede. O *habeas corpus* é cabível quer se trate de ato individual – no caso formalizado em ação acauteladora, visando empréstimo de efeito suspensivo ao recurso especial –, quer de Colegiado. Frise-se que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça estão submetidos, nos crimes comuns e de responsabilidade, à jurisdição do Supremo, o que atrai a competência deste para o julgamento da impetração.

Reporto-me ao que consignado na decisão proferida em 30 de novembro de 2016:

[...]

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 penal condenatória, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime –

**HC 138633 / RJ**

apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da pena.

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 não implementou liminar.

A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade 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 ao acesso ao Judiciário

**HC 138633 / RJ**

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 26 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 seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, 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.

[...]

Defiro a ordem para que os pacientes aguardem em liberdade o desfecho do processo-crime a que respondem perante a Oitava Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro – processo nº 0523652-15.2013.4.02.5101 –, devendo permanecer com as residências indicadas ao Juízo, informar possíveis transferências, atender aos chamamentos judiciais e adotar a postura que se aguarda do homem médio, integrado à sociedade.



08/08/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 138.633 RIO DE JANEIRO

VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:**

Peço vênia a Vossa Excelência, Presidente.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido de liminar formulado na Reclamação 25.823/RJ, negando efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelo paciente e, por consequência, manteve a execução provisória da pena.

Embora a decisão impugnada não tenha sido proferida em *habeas corpus*, toda fundamentação leva a fazer incidir, por analogia, a Súmula 691 desta Corte. Isso porque, tal como nos casos de incidência do mencionado verbete, não houve no particular o julgamento definitivo da matéria perante o Superior Tribunal de Justiça, circunstância apta a inaugurar a competência deste Supremo Tribunal. Assim, qualquer pronunciamento desta Corte a respeito da controvérsia implicaria igualmente supressão de instância.

De outro lado, não me parece que a decisão impugnada apresenta quadro de teratologia ou manifesta ilegalidade a justificar a intervenção antecipada desta Primeira Turma.

Dessa forma, com esses argumentos, eu não conheço do presente *habeas corpus*.

08/08/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 138.633 RIO DE JANEIRO

VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, em primeiro lugar, cumprimento o ilustre Advogado que esteve na tribuna, meu contemporâneo, por um trabalho extremamente qualificado.

Esta matéria, Presidente, como todos bem sabemos, passou por fases diferentes, aqui, no Supremo Tribunal Federal. De 1988 a 2009, o Supremo Tribunal Federal entendeu, de maneira relativamente pacífica, que era possível a execução, depois da condenação em segundo grau, na medida em que os recursos especial e extraordinário não tinham efeito suspensivo. Posteriormente, em decisão de 2009, Relator o Ministro Eros Grau, inverteu-se essa jurisprudência e passou-se a entender que havia a necessidade do trânsito em julgado.

Penso eu, com todo o respeito a quem acredita diferentemente, que os efeitos desta segunda decisão foram devastadores sobre o sistema punitivo brasileiro, fomentando uma advocacia criminal altamente procrastinatória. Porque o papel do advogado é defender os interesses do seu cliente e, na medida em que o sistema facultava essa procrastinação, usou-se e abusou-se dessa procrastinação.

Em 2016, revisitando-se essa matéria, o Supremo alterou o entendimento e o fez em três pronunciamentos sucessivos e diversos: em *habeas corpus*, em duas ações declaratórias de constitucionalidade julgadas conjuntamente e, posteriormente, em Plenário Virtual, em um ARE levado pelo eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki.

Bem conheço, respeito e entendo as razões esposadas pelo eminente e estimado Ministro Marco Aurélio, mas eu entendo que a mudança foi favorável ao sistema de uma maneira geral. Acho que ela permite a quebra da seletividade do sistema punitivo brasileiro, que só pune pobre por pequenas quantidades de drogas - nós julgamos isso aqui às dezenas semanalmente -, e acho que o sistema aparelhou-se para, pela primeira

**HC 138633 / RJ**

vez em 500 anos, o País conseguir punir a criminalidade de "colarinho branco", porque a inefetividade absoluta do Direito Penal em relação a esse tipo de criminalidade criou, no Brasil, um país de ricos delinquentes, porque as pessoas só são honestas se quiserem; porque, se não quiserem, não acontece nada porque o sistema não é capaz de alcançá-las. Era um sistema feito para gerar impunidade.

Respeitando a coerência de quem tem votado em sentido diverso, entendo que devemos mudarmos esta jurisprudência agora, porque alguns novos réus entraram no sistema, é tudo de ruim. Um Estado em que a jurisprudência vai mudando em função do réu, não é um Estado de Direito, é um Estado de compadrio. Portanto, nós devemos perseverar na jurisprudência que estabelecemos por maioria no Plenário, entendendo e respeitando as opiniões contrárias, algumas delas que não variaram ao longo do tempo, como a do nosso eminente Presidente, que, coerentemente, defende este ponto de vista.

O Advogado conduziu o processo como deveria conduzir, porque, vinda a condenação de segundo grau e sendo ela prontamente executada, eu acho quem tem a competência para impedir a execução imediata é o relator do recurso especial, porque, se ele verificar uma alta probabilidade de reversão daquela decisão, ele deve suspendê-la. Eu não acho que deva ser uma matéria caso a caso, porque, se for caso a caso, vamos voltar à seletividade do sistema: quem tem dinheiro e bons advogados consegue, quem não tem não consegue. Se o relator do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, o eminente Ministro Antonio Saldanha Palheiro, tivesse vislumbrado esta possibilidade de reversão, eu acho que caberia a ele, sim, suspender a execução provisória. Mas não tendo o relator no Superior Tribunal de Justiça procedido desta forma, eu acho - e aqui coincido com a opinião do Ministro Alexandre Moraes - aplica-se analogicamente a Súmula 691, porque, na verdade, não houve manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre este ponto. E acho que nós estaríamos, então, dando um salto.

De modo que, verdadeiramente, cumprimentando Advogado, que conduziu o processo da forma mais competente possível, eu permaneço

**HC 138633 / RJ**

fiel à orientação, que aqui traçamos, de permitir.. Eu sei que é uma hipótese de estelionato, que é um tipo de crime que nós não estamos acostumados a punir e que genericamente entraria nessa criminalidade do "colarinho branco". Eu não conheço os fatos do caso, eu não sei, mas não cabe apreciar. Agora, que houve quadrilhas que envolviam advogados e serventuários que saqueavam a Previdência, isso eu sei, porque houve casos de condenação transitada em julgado e casos graves, de fortunas, casos notórios.

Portanto, eu não sei se aconteceu aqui, mas que pode acontecer, pode.

De modo, como eu não estou examinando os fatos nem o mérito da decisão, eu vou respeitar a decisão monocrática do STJ e o precedente do Plenário do Supremo, pedindo todas as vênias ao Ministro Marco Aurélio para não conhecer do *habeas corpus* neste caso.

08/08/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 138.633 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu também saúdo o Doutor Braz pela competente sustentação oral.

Peço vênua a Vossa Excelência e não conheço do *habeas corpus*, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Alexandre, enquanto o *habeas* se volta contra essa decisão monocrática do STJ. Fico nesta questão processual.

E, uma vez não conhecido o *habeas corpus*, deixo de conceder a ordem de ofício, também porque não posso, com todo o respeito, vislumbrar teratologia numa decisão que privilegia a posição majoritária e adotada no Plenário, inclusive, depois, virtual, com eficácia vinculante sobre o tema.

Não conheço, Presidente.

08/08/2017

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 138.633 RIO DE JANEIRO

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, doutor Braz Fernando, da nossa UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, parabenizando pela sua sustentação.

O Advogado foi muito feliz em trazer uma dúvida severa sobre a existência do tipo penal de estelionato judicial, tendo em vista que as práticas inseridas no processo são submetidas à ampla defesa.

Mas, Senhor Presidente, particularmente, como Juiz da 9ª Vara Cível do Rio de Janeiro, eu compus, juntamente com o Juiz Paulo Fabião e Wilson Marques, uma Comissão de Correição das Varas Dissidentes do Trabalho. E, daquela Comissão de Correição, saíram inúmeros infratores presos, porque efetivamente cometeram estelionato judicial, com a comprovação de nexos de causalidade, dolo, entre todos os protagonistas daqueles processos, lesando gravemente os cofres do antigo INPS.

De sorte que, claro, se a conduta fosse atípica, caberia um *habeas corpus* por teratologia dessa decisão, que não enxergou uma figura que não é tipificada criminalmente, mas é potencialmente possível a ocorrência do estelionato judicial. Não é um crime impossível.

Por outro lado, até o próprio novo Código de Processo Civil, que se aplica também ao Código de Processo Penal, na parte em que o art. 2º assim o autoriza, ele incumbe ao relator do recurso especial que, verificando a verossimilhança das alegações do recorrente, possa, em tutela antecipada, conceder o efeito suspensivo ao recurso, que ele sabe que será provido.

Entretanto, há casos, conforme destacou o Ministro Luís Roberto Barroso, o Ministro Saldanha Palheiro não entendeu que era caso de dar essa antecipação de tutela recursal.

E, aqui, então, efetivamente ocorre a figura semelhante à da Súmula 691. Foi uma decisão monocrática, sem apreciação do Colegiado, e da

**HC 138633 / RJ**

qual se interpôs diretamente para o Supremo Tribunal Federal, sem a pesquisa vertical do Tribunal *a quo*, um *habeas corpus*.

Então, aqui, aplica-se a regra *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio* - a mesma razão, o mesmo dispositivo; a mesma razão, o mesmo entendimento jurisprudencial -, como evidenciou o Ministro Alexandre.

De sorte que eu acompanho a divergência aqui aberta, pedindo vênua a Vossa Excelência.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 138.633**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

PACTE.(S) : PATRICIA ESTEVES DE PINHO

PACTE.(S) : JOSÉ ROBERTO NEVES DA SILVEIRA

IMPTE.(S) : BRAZ FERNANDO SANT ANNA (35833/RJ) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DA MC Nº 25.823 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma não admitiu a impetração e revogou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente e Relator. Falou o Dr. Braz Fernando Sant'anna, pelos Pacientes. Primeira Turma, 8.8.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma