

06/11/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 140.449 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO : **MIN. ROBERTO BARROSO**
ACÓRDÃO
PACTE.(S) : DANIEL MENEZES BUEXM PINHEIRO
IMPTE.(S) : CEZAR ROBERTO BITENCOURT
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 387067 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. DUAS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Não se admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao agravo regimental.

2. A orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292 e do ARE 964.246-RG, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, é no sentido de que a execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência. Ademais, o julgamento condenatório em segundo grau de jurisdição impõe a prisão preventiva como medida de garantia da ordem pública.

3. *Habeas corpus* não conhecido, revogada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em não conhecer da impetração e revogar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator, que presidiu este julgamento. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes. Falou o Dr. Cezar Roberto Bitencourt pelo Paciente.

HC 140449 / RJ

Brasília, 6 de novembro de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/O ACÓRDÃO

06/11/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 140.449 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO : **MIN. ROBERTO BARROSO**
ACÓRDÃO
PACTE.(S) : DANIEL MENEZES BUEXM PINHEIRO
IMPTE.(S) : CEZAR ROBERTO BITENCOURT
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 387067 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

O Juízo da Vara Criminal da Comarca de Macaé/RJ, no processo nº 0016929-47.2012.8.19.0014, fixou a pena do paciente em 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, em virtude do cometimento da infração descrita no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, combinado com o 14, inciso II (tentativa de homicídio qualificado por motivo fútil, meio cruel e com recurso que dificultou a defesa da vítima), por duas vezes, do Código Penal, nos termos da decisão do Conselho de Sentença, que o absolveu da imputação do delito de homicídio consumado.

Em apelação, o Ministério Público buscou a reforma do pronunciamento no tocante à absolvição, bem como a diminuição atinente à tentativa, nos outros dois crimes, para o patamar de 1/3. A defesa sustentou a ocorrência de nulidade em razão da ordem de quesitação estabelecida pelo magistrado. Requereu a submissão do paciente a novo julgamento popular, afirmando que a condenação no primeiro surge contrária às

HC 140449 / RJ

provas coligidas. A Oitava Câmara Criminal deu provimento ao recurso do Órgão acusador para afastar a redução de 2/3 assentada pelo Juízo e estabelecer o patamar de 1/3 para cada uma das condenações, fixando a sanção definitiva em 19 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. Determinou a realização de outro Júri em relação à absolvição, e o início da execução provisória da pena, reportando-se ao decidido, pelo Supremo, no exame do *habeas corpus* nº 126.292/SP.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com a impetração nº 387.067/RJ, indeferido liminarmente pelo Relator.

O impetrante alega ofensa ao princípio da não culpabilidade. Assevera que, na sentença, condicionou-se o cumprimento da sanção ao trânsito em julgado da condenação. Destaca o caráter não confirmatório do acórdão, frisando ter sido a sentença reformada para anular a absolvição do paciente, relativamente ao crime consumado, determinando-se que se procedesse a novo julgamento popular, e aumentar as penas das duas figuras tentadas. Aponta que o pronunciamento formalizado no *habeas corpus* nº 126.292/SP, apesar de configurada a repercussão geral, não possui efeito vinculante. Cita precedentes deste Tribunal acerca do caráter excepcional da prisão cautelar. Articula com a ausência de fundamentação do ato que implicou a custódia.

Requeru, no campo precário e efêmero, fosse afastada a execução provisória e, sucessivamente, anulada a decisão mediante a qual indeferida liminarmente a impetração no Superior, determinando-se a apreciação do *habeas*. No mérito, busca a confirmação da providência.

Vossa Excelência, em 14 de fevereiro de 2017, deferiu o pedido de medida acauteladora, para suspender a execução antecipada da pena.

HC 140449 / RJ

A Procuradoria-Geral da República opina pela inadmissão da impetração, dizendo-a formalizada contra decisão individual, proferida no âmbito do Superior. Aduz não haver ilegalidade a ser reparada.

Consulta ao sítio do Tribunal estadual revelou terem sido inadmitidos recursos especial e extraordinário, em 3 de agosto de 2017. Embargos de declaração foram rejeitados pela Terceira Vice-Presidente. Seguiu-se a interposição de agravo, sendo determinado o encaminhamento ao Superior, em 21 de setembro último.

Lancei visto no processo em 27 de outubro de 2018, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 6 de novembro seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

06/11/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 140.449 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de ato de Colegiado ou individual.

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena.

A circunstância de o ato que se rotula como de constrangimento ilegal ter sido formalizado de modo individual não é óbice à apreciação desta ação constitucional, uma vez existente órgão com competência para manifestar-se sobre a matéria, como é o caso do Supremo no tocante a pronunciamentos de membros de Tribunal que guarde a qualificação de superior. Rejeito a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República.

Reitero o que consignei, em 14 de fevereiro de 2017, ao implementar a medida de urgência:

[...]

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 sanção 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 do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da pena.

HC 140449 / RJ

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 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 para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula

HC 140449 / RJ

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.

[...]

De todo modo, há sinalização de a questão ser julgada, com a possibilidade, consoante noticiado pela imprensa, de um dos que formaram na corrente majoritária – e o escore foi de 6 a 5 – vir a evoluir.

Destaco ter liberado, no dia 4 de dezembro de 2017, para inserção na pauta dirigida do Pleno, ato situado no campo das atribuições da Presidência, as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, visando o julgamento de mérito, bem como, em 19 de abril de 2018, a de nº 54 para análise do pedido de liminar. Nenhuma teve data designada para apreciação. Ressalte-se que a última está lastreada em fato novo – a evolução na manifestação do ministro Gilmar Mendes, no exame do

HC 140449 / RJ

habeas corpus nº 152.752, relator ministro Edson Fachin –, a retratar a revisão da óptica que ensejou escassa maioria.

Defiro a ordem para afastar a execução provisória do título condenatório formalizado no processo nº 0016929-47.2012.8.19.0014, no Juízo da Vara Criminal da Comarca de Macaé/RJ, considerada a execução açodada, precoce e temporã da pena. Advirtam-no da necessidade de permanecer com residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do homem médio, integrado à sociedade.

É como voto.

06/11/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 140.449 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, cumprimento o ilustre Doutor Cezar Roberto Bitencourt, da tribuna. Eu tenho visão doutrinária e hermenêutica diversa aqui e vou expor.

Em primeiro lugar - e já há mais de um precedente da Turma -, nas condenações pelo Tribunal do Júri, sequer é necessário aguardar o julgamento de recurso em segundo grau de jurisdição, até porque o Júri é soberano e, conseqüentemente, o Tribunal de Justiça não tem como substituir a decisão do Júri. Eventualmente pode anulá-lo, como aliás foi o caso aqui relatado da tribuna, mas as estatísticas documentam que é irrisório o número de condenações pelo Júri anuladas pelos tribunais de justiça. O contrário até acontece com mais frequência, absolvições que venham a ser anuladas, mas condenações que venham a ser anuladas é um número irrisório.

Portanto, diante do princípio da soberania do Tribunal do Júri, o meu entendimento - aqui já esposado pelo Ministro Alexandre, acompanhado pelos demais, e também a posição do Ministro Dias Toffoli, hoje Presidente, que a defendeu publicamente - é de que a condenação pelo Tribunal do Júri já significa a possibilidade de execução da pena. Até porque imagino poucas coisas mais constrangedoras para a Justiça do que uma condenação pelo Tribunal do Júri, como acontecia regularmente, e depois o homicida, já reconhecido, saía livre do tribunal juntamente com a família da vítima, numa desmoralização para o sistema de Justiça Penal.

Aqui, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, por se tratar de condenação pelo Tribunal do Júri e por considerar o Júri soberano, considero que não se aplica sequer a exigência do julgamento pelo segundo grau de jurisdição.

No tocante à questão da execução da pena após o segundo grau, o eminente advogado, professor e jurista, da tribuna, suscita uma questão que considero muito interessante e muito relevante, que é a questão da

HC 140449 / RJ

execução provisória ou não, porque a provisória pressupõe alguma coisa que possa ser reconstituída sem perda substantiva, e penso que a liberdade não seria uma delas.

Quem tiver chance de ler o meu voto na questão da execução de pena após o segundo grau, uma das minhas teses centrais é a de que, depois da condenação em segundo grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade, a permanência do réu em liberdade, sem a concretização da sanção aplicada, é altamente lesiva à ordem pública e à credibilidade da Justiça. O meu convencimento é que, após a condenação em segundo grau, impõe-se a prisão preventiva, quando tenha sido essa a decisão.

É uma situação diferente, a meu ver, do que seria a prisão provisória. Seja como for, neste caso concreto, por se tratar de julgamento pelo Tribunal do Júri, eu sequer exigiria o julgamento em segunda instância.

Portanto, Presidente, por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental, na linha da jurisprudência da Turma, não o estou conhecendo e não estou concedendo a ordem de ofício por não ver ilegalidade flagrante, menos ainda teratologia na hipótese, cumprimentando o Advogado pelo esforço meritório e pela proficiência com que sempre se há na tribuna. Fica revogada a liminar.

06/11/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 140.449 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRO ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu faço o registro do Doutor Cezar Roberto Bitencourt, os advogados provocam e impulsionam o repensar do Direito, portanto, é fundamental a sua participação não só para a administração da Justiça, segundo nosso texto constitucional, mas sobretudo pela fala na tribuna. Sempre escuto os Senhores Advogados com a maior atenção e, muitas vezes, repenso.

Neste tema específico, peço vênia, omitindo o meu mantra, ao eminente Relator para acompanhar mais uma vez a divergência, porque aqui, embora condenação com relação à tentativa de homicídio imposta pelo Tribunal do Júri, que absolveu, foi do homicídio. E, pelo que compreendi, na verdade, aqui houve inclusive a confirmação legal com relação à condenação já imposta e a determinação de um novo julgamento ao homicídio, que é o quadro fático.

Peço vênia para acompanhar a divergência, Senhor Presidente.

06/11/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 140.449 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, também relembro que a nossa Turma tem jurisprudência no sentido de que a absolvição pelo Júri não impede que o tribunal, em recurso próprio, possa modificar essa decisão e impor a condenação para reverter aquela decisão do Tribunal Popular, porque, se assim o fosse, não haveria a previsão de recurso contra as decisões do Júri, contrárias à prova dos autos, e haveria qualquer tipo de recurso pela soberania própria do Tribunal do Júri. O Júri é soberano no sentido de que decide, por meio de uma jurisdição, digamos assim, popular, mas as suas decisões são reversíveis pelo Tribunal. E, uma vez condenado pelo Tribunal, impõe-se, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a execução provisória da pena. Só lembrando que essa denominação de execução provisória significa decisão provisória. A decisão é provisória, mas se for injusta, a própria Constituição, que permite a execução da pena, prevê também indenizações por prisões injustas, no mesmo capítulo dos Direitos e Deveres Individuais.

De sorte que eu, acompanhando a jurisprudência da Turma, sem deixar de louvar as brilhantes e constantes sustentações do Professor Cezar Roberto Bitencourt, peço vênia para acompanhar a divergência.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 140.449

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S) : DANIEL MENEZES BUEXM PINHEIRO

IMPTE.(S) : CEZAR ROBERTO BITENCOURT (11483/RS)

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HC Nº 387067 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu da impetração e revogou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator, que presidiu este julgamento. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes. Falou o Dr. Cezar Roberto Bitencourt pelo Paciente. Primeira Turma, 6.11.2018.

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

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

Cintia da Silva Gonçalves
Secretária da Primeira Turma