

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 138.337 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **ROSANGELA GOMES DA SILVA**
IMPTE.(S) : **MARCELO DINI E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC Nº 375.435 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. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações:

O Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP, no processo nº 3011993-43.2013.8.26.0451, absolveu a paciente, aludindo ao artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da imputação da suposta prática dos crimes descritos nos artigos 33 (tráfico de drogas), cabeça, da Lei nº 11.343/2006 e 16, parágrafo único, inciso IV (posse irregular de arma de fogo com numeração suprimida), da Lei nº 10.826/2003. Por fim, determinou a expedição de alvará de soltura.

Em apelação, o Ministério Público pleiteou a condenação nos termos da denúncia ofertada. Frisou a possibilidade da fixação da pena no mínimo legal ante a primariedade da ré.

HC 138337 MC / SP

Disse da viabilidade da redução de reprimenda prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Sustentou a imposição do regime inicial fechado. A Décima Quarta Câmara de Direito Criminal proveu o recurso para condenar a paciente a 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 260 dias-multa. Determinou a prisão, fazendo referência ao decidido pelo Supremo no *habeas corpus* nº 126.292.

Impetrou-se o *habeas* de nº 375.435/SP no Superior Tribunal de Justiça. Buscou-se a suspensão da execução provisória. O Relator deixou de acolher o pleito liminar. Reportou-se à jurisprudência do próprio Tribunal e à do Supremo para assentar a possibilidade de execução antecipada da sanção após condenação em segunda instância.

Os impetrantes arguem a ilegalidade da custódia considerada dúvida quanto à autoria do delito, tendo em vista a prolação de sentença absolutória e posterior substituição, presente a formalização do acórdão condenatório. Apontam ofensa ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Postulam, no campo precário e efêmero, a expedição do alvará de soltura. No mérito, buscam a confirmação da providência para que seja reconhecido à paciente o direito de aguardar, em liberdade, a preclusão maior do título condenatório.

Pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo revelou haver sido interposto recurso especial, pendente de exame de admissibilidade.

A fase é de análise 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

HC 138337 MC / SP

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

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 sanção 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 aludido dispositivo, o Pleno deixou de implementar a 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 mencionado diploma legal, 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,

HC 138337 MC / SP

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 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 Lei Fundamental.

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.

3. Defiro a liminar pleiteada para suspender a execução provisória do título condenatório. Recolham o mandado de prisão, ou, se já cumprido, expeçam o alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso a paciente não se encontre presa por motivo diverso do retratado no processo nº 3011993-43.2013.8.26.0451, da Segunda Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP. Advirtam-na da necessidade de permanecer na residência indicada ao Juízo, atendendo

HC 138337 MC / SP

aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda da cidadã integrada à sociedade.

4. O curso deste *habeas corpus* não prejudica o de nº 375.435/SP, formalizado no Superior Tribunal de Justiça. Remetam cópia desta decisão ao relator, ministro Felix Fischer, com as homenagens merecidas.

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

6. Publiquem.

Brasília, 16 de novembro de 2016.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator