

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 175.036 RONDÔNIA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **LERI SOUZA E SILVA**
IMPTE.(S) : **BRUNO ESPINEIRA LEMOS E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC 528674 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DECISÃO

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

**HABEAS CORPUS – LIMINAR –
DEFERIMENTO.**

1. O assessor Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações:

O Juízo da Primeira Vara de Delitos de Tóxicos da Comarca de Porto Velho/RO, no processo nº 0004559-75.2014.8.22.0501, condenou o paciente a 11 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, e pagamento de 781 dias-multa, ante a prática das infrações previstas nos artigos 33 (tráfico de drogas), combinado com o 40, inciso V (interestadualidade), e 35 (associação para o tráfico) da Lei nº 11.343/2006. No que concerne ao crime tipificado no artigo 329 (resistência) do Código Penal, procedeu à remessa do processo ao Ministério Público estadual, visando a análise da viabilidade dos benefícios definidos na Lei nº 9.099/1995. Reconheceu o direito de recorrer em liberdade.

O Tribunal de Justiça proveu parcialmente a apelação da defesa, absolvendo-o da imputação alusiva ao delito de resistência. Redimensionou a sanção, tornando-a definitiva, em 10 anos e 2 meses de reclusão, e 1.458 dias-multa, mantido o

HC 175036 MC / RO

regime fechado. Determinou a expedição de mandado de prisão após o exaurimento das instâncias ordinárias, referindo-se ao decidido pelo Supremo no *habeas corpus* nº 126.292 e no recurso extraordinário com agravo nº 964.246. Embargos infringentes foram desprovidos. Declaratórios não obtiveram êxito.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o *habeas de* nº 528.674/RO, indeferido liminarmente pelo Relator.

Os impetrantes sustentam a ocorrência de indevida antecipação da pena. Afirmam a pendência de exame de recurso especial. Reportam-se ao reconhecimento do direito de recorrer solto, nos termos em que assentado pelo Juízo sentenciante. Frisam que o paciente foi preso em 17 de julho de 2019.

Requerem, no campo precário e efêmero, seja assegurado ao paciente o direito de aguardar livre o julgamento do recurso especial. No mérito, postulam a confirmação da providência.

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em 3 de setembro de 2019, revelou ter sido admitido o recurso especial formalizado pela defesa, em 16 de agosto último, encontrando-se pendente a remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

A fase é de apreciação da 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 natural do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da pena.

HC 175036 MC / RO

O Tribunal, 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”.

Custódia 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 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução antecipada 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 prisão. 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

HC 175036 MC / RO

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 29 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 – conforme 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 matéria vir a ser julgada, com a possibilidade, segundo 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, em 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 exame de mérito, bem como, em 19 de abril de 2018, a de nº 54 para análise do pedido de medida de urgência. Os processos apenas foram incluídos, pela Presidência, na pauta da Sessão Plenária do dia 10 de abril de 2019, tendo sido, posteriormente, excluídos do calendário de julgamento, sem nova designação de data. Ressalte-se que a última está

HC 175036 MC / RO

lastreada em fato novo – a evolução na manifestação do ministro Gilmar Mendes, no exame do *habeas corpus* nº 152.752, relator o ministro Edson Fachin –, a retratar a revisão da óptica que ensejou escassa maioria.

3. Defiro a liminar, para suspender, até o desfecho da impetração, a execução provisória do título condenatório. Expeçam alvará de soltura a ser implementado com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja preso por motivo diverso do retratado no processo nº 0004559-75.2014.8.22.0501, da Primeira Vara de Delitos de Tóxicos da Comarca de Porto Velho/RO, considerada a execução açoitada, precoce e temporã da pena. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade.

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

5. Publiquem.

Brasília, 10 de setembro de 2019.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator