



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

HC 468617/RJ

PROCESSO: 2018/0234882-0

IMPETRANTE: CARLOS FERNANDO DOS SANTOS AZEREDO E
OUTROS

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

PACIENTE: ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE
OLIVEIRA

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ - SEXTA TURMA

PARECER

I

Os i.i. Advogados Drs. RAFAEL FARIA GABRIEL MIRANDA MOREIRA, CARLOS FERNANDO DOS SANTOS AZEREDO, e THIAGO SOARES DE GODOY impetraram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE OLIVEIRA, condenado por crime do art. 288 do CP, em primeira instância, condenação esta confirmada e agravada em segundo, apontando como autoridade coatora a 2ª Turma Especializada do Eg. TRF da 2ª Região.

HC 468617/RJ

Diz a inicial, devidamente instruída, que a Eg. Turma *a quo*, determinou o início do cumprimento da pena tão-logo esgotado o prazo de embargos de declaração, o que está prestes a ocorrer.

Sustenta a ilegalidade da prisão iminente, seja porque incompatível com a presunção constitucional de inocência, seja porque desnecessária, já que da r. sentença de primeiro grau até o julgamento da apelação transcorreram mais de 8 anos, e o réu respondeu e apelou em liberdade, seja porque a prisão para início de cumprimento da pena (execução provisória) é incompatível com a presunção constitucional de inocência.

A ordem foi impetrada em caráter preventivo, com pedido de liminar. Esta foi indeferida, com base na jurisprudência do Eg. STF, no sentido de que não ofende a presunção constitucional de inocência a execução provisória da pena.

Vale observar que a presunção constitucional de inocência e sua incompatibilidade com a execução provisória é o único fundamento, já que, embora façam alusão a pretendidas nulidades processuais, ressalvam que serão elas objeto de oportunos recurso especial e recurso extraordinário. Foram referidas sumariamente para demonstrar a opinião dos i.i. impetrantes de que os futuros recursos a esta Eg. Corte e ao Eg. STF tem boas possibilidades de virem a ser providos.

É o relatório, passo a opinar.

II

Inicialmente, observo que não se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso, o que afasta o entendimento

HC 468617/RJ

jurisprudencial de que, havendo recurso previsto em lei, a ordem não deve ser conhecida, ressalvada a concessão de ofício em caso de manifesta ilegalidade.

A matéria em discussão, que, embora decidida com caráter de repercussão geral não é objeto de súmula vinculante (e, por isso, não vincula as instâncias inferiores), é recorrente.

Sobre ela há anos venho me manifestando em sentido oposto do da maioria do colegiado do Eg. STF, como, por exemplo, no HC nº 360825/SP, em 16.08.2016, em cuja síntese (equivalente à ementa dos V.V.acórdão), fiz constar:

*“Em que pese o recente e isolado v. acórdão do Eg. STF, que não obriga as instâncias inferiores por não ser objeto de súmula vinculante, nossa constituição não admite execução provisória de acórdão penal condenatório, porque assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado da prestação jurisdicional (art. 5º, LVIII). O fato do Eg. STF, assim mesmo por maioria que pode ser revertida em decisão futura, haver, data venia, errado, não justifica que por temor reverencial, se incorra no mesmo erro.
(in verbis)*

Vou além: como exposto naquele parecer, o Eg. STF não apenas errou, como, ainda, invadiu competência do Congresso Nacional, fazendo virtual reforma da Constituição. Isto foi expressamente admitido pelo Exmº Sr. Min. Luis Roberto Barroso, que, na oportunidade

HC 468617/RJ

daquele julgamento defendeu ser possível “mutação constitucional por via de interpretação”, pela qual

“o que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa.”

(*in verbis*)

Rogando todas as *venias* em grau máximo, oponho-me até o limite de minhas modestíssimas forças a tal assertiva, porque acredito no que aprendi na faculdade: não é possível existirem duas interpretações corretas para uma mesma disposição legal. Se dois intérpretes divergem, forçosamente um estará certo, e, o outro errado.

Como ao Poder Judiciário não é dado alterar texto de lei, porque não é mandatado para isto e “todo poder emana do povo”, com maior razão não pode, a título de “interpretar”, modificar.

Naturalmente isto não implica que a jurisprudência, sobre qualquer tema, não possa ser modificada. Naturalmente pode, mas se o texto legal continua o mesmo, por uma questão de lógica o julgador que passa a decidir contrariamente ao que vinha fazendo, deve admitir que, até então, estava errado, e que, dali em diante, decidirá como lhe parece certo. E dar os motivos pelos quais entende que antes errou, e, agora, passou a acertar.

Se assim não for, estará fazendo Política, e não Justiça. (ambas com letra maiúscula, pois não estou me referindo a propósitos menores).

Para melhor compreensão, reproduzo, a seguir, o inteiro teor daquela minha manifestação, que continua atual.

HC 468617/RJ



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

HABEAS CORPUS Nº 360825/SP

REGISTRO: 2016/0168272-5

IMPETRANTE: JOSE ALBINO NETO E OUTRO

PACIENTE: LEANDRO TIGRE DE ALMEIDA

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK – QUINTA TURMA

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1) Em que pese o recente e isolado v. acórdão do Eg. STF, que não obriga as instâncias inferiores por não ser objeto de súmula vinculante, nossa constituição não admite execução provisória de acórdão penal condenatório, porque assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado da prestação jurisdicional (art. 5º, LVIII). O fato do Eg. STF, assim mesmo por maioria que pode ser revertida em decisão futura, haver, data venia, errado, não justifica que por temor reverencial, se incorra no mesmo erro.

2) Não é de ser considerado "substituto de recurso próprio" o habeas corpus impetrado com fundamento em nulidade processual, estando o paciente preso. Enquanto

hipóteses de cabimento de recuso é matéria de índole processual, ainda que tratadas no contexto da Constituição quando dispõe sobre competência dos tribunais de instância especial, o habeas-corpus em caso de prisão ilegal é cláusula pétreia, insculpida entre os direitos e garantias individuais, cf. art. 5º, LXVIII, que, por isso, tem precedência sobre outros artigos que tratam do mesmo tema (remédios jurídicos em caso de prisão). Em tese os arts. 102, III, e 105, III, podem ser revogados, mas não o 5º, LXVIII. Não é correto dizer que habeas-corpus impetrado no curso de prazo em que o poderia ser o Recurso Especial ou Recurso Extraordinário tenha caráter "substitutivo" daqueles, da mesma forma que não se pode dizer sejam, tais recursos, "substitutivos" de habeas-corpus. Diversa a hipótese, contudo, se o paciente responde em liberdade e não está ameaçado de prisão iminente.

3) Parecer pelo conhecimento da impetração e concessão da ordem.

PARECER

I

Trata-se de *habeas-corpus*, tido por "substitutivo de recurso próprio" na r. decisão que indeferiu a liminar, em favor de LEANDRO TIGRE ALMEIDA, indicando como autoridade coatora o Eg. TRF 3, em face de V. acórdão proferido no julgamento de apelação nº 0004523-34.2011.4.03.6181.

HC 468617/RJ

O paciente foi condenado a três anos de reclusão, como incurso nas penas do art. 288 do CP, em regime inicial semiaberto, admitido o recurso em liberdade.

Julgado o apelo, o Eg. TRF negou-lhe provimento e fez expedir mandado de prisão para execução provisória da pena.

Neste feito, o impetrante argui a ilegalidade da coação, sustentando:

a) que a pena-base foi fixada no máximo ignorando circunstâncias judiciais favoráveis, em afronta ao princípio de individualização das penas;

b) era possível o cumprimento da pena em regime aberto, por se tratar de réu primário e ser o *quantum* fixado em menos de quatro anos.

c) ser inadmissível execução provisória da pena, sendo que há possibilidade de reforma da sentença, o que faria temerária a expedição de mandado de prisão.

Requer liminar para suspender a ordem de prisão e, no mérito, concessão para aguardar em liberdade o trânsito em julgado ou reforma.

A liminar foi indeferida.

É o relatório. Passo a opinar.

II

Inicialmente peço *venia* para divergir quanto ao que foi dito na r. decisão denegatória da liminar, quanto a se tratar de *habeas-corpus* "substitutivo de recurso próprio". Tal aspecto é importante, face ao entendimento jurisprudencial de que o chamado "*habeas-corpus substitutivo*"

constitui burla ao sistema processual, pelo que não se deve conhecer, ressalvada a hipótese de concessão *ex-officio* se evidente a ilegalidade.

Em meu entendimento não perece, em tese, ser o *habeas-corpus* substitutivo, se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser.

Senão, vejamos

O direito a *habeas-corpus* "**SEMPRE** que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" é elencado entre os "*Direitos e Garantias Fundamentais*" no Título II, Capítulo I "*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*", art. 5º, LXVIII. **Este, como vimos emprega o vocábulo "SEMPRE", o que significa não abrir exceção.**

É princípio elementar de hermenêutica que, quando duas leis entram em conflito, prevalece a lei maior. Dentre elas, a de mais elevada hierarquia é a Constituição Federal.

Isto não esgota a matéria, contudo, porque, no contexto da própria Constituição existem normas de uma hierarquia superior, as chamadas "cláusulas pétreas", porque, ao contrário do que sucede com as demais, por força do art. 60, § 4º:

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – A forma federativa de Estado;

II – O voto direto, secreto, universal e periódico;

III – A separação dos Poderes;

IV – Os direitos e garantias individuais"

(*in verbis*, grifos e negritos).

HC 468617/RJ

Assim, as "cláusulas pétreas" têm uma posição hierárquica superior às demais, porque intocáveis, enquanto as outras podem ser modificadas ao sabor do convencimento.

Entre as que não são "cláusulas pétreas" estão o art. 101, III, que prevê o Recurso Extraordinário, e o art. 105, III, que trata do Recurso Especial.

Ambos cuidam de matéria de Direito Adjetivo, embora o tenham feito, por uma opção do legislador constituinte (e não por necessidade técnica) em texto constitucional. Nada impediria, fosse a intenção, se deixar a cargo de lei complementar, ou mesmo de lei ordinária, definir os efeitos e alcance dos recursos de competência, quer do STF, quer do STJ.

Da mesma forma, a própria existência de um Supremo Tribunal Federal e de um Superior Tribunal de Justiça, não é "cláusula pétrea".

Se, em tese, o Congresso entender conveniente, uma emenda constitucional pode unificar os dois tribunais ou substituí-los por um terceiro. Da mesma forma, extinguir o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, substituindo-o por um novo modelo que atenda a competência do novo colegiado.

Entretanto, a previsão do *habeas-corpus* a ser concedido SEMPRE que alguém estiver sofrendo, ou ameaçado de sofrer, coação ilegal ou liberdade de locomoção, não poderá ser extinto jamais na vigência do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, não considero possível, mais uma vez rogo maxima venia, considerar "substitutivo de recurso", especial ou extraordinário, a impetração de habeas-corpus contra decisão de tribunal de apelação que implique em ilegalidade ou abuso de poder e atente contra o direito de ir-e-vir. Antes considero, neste caso, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, eles sim, substitutivo de habeas-corpus, porque a principalidade é deste,

sendo a subsidiariedade daqueles. Tanto assim que, se não mais existisse o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, teria de continuar a existir o habeas-corpus e, por conseguinte, a competência de uma instância especial para julgá-los quando a coação proviesse de órgão de instância recursal ordinária. Igualmente, em se tratando de coação advinda de ato processual relativo a competência originária de Tribunal de Justiça.

Não é, pois, o *habeas-corpus* que substitui o Recurso Especial ou o Recurso Extraordinário, quando em tese presente algumas das hipóteses do art. 648 do CPP que estabelece os casos em que "A coação considerar-se-á ilegal", entre eles o do inciso VI:

"Quando o processo for manifestamente nulo."

Se, sendo o processo "manifestamente nulo" por nulidade do acórdão, quer intrínseca, quer decorrente de ato processual anterior do qual a regularidade do julgamento em segunda instância depende, e o réu que tinha apelado, ao invés de arguir tal nulidade por meio de *habeas-corpus*, o fizer através de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, estará, aí sim, substituindo o habeas-corpus pelo recurso

Sendo o *habeas-corpus* o remédio jurídico principal que a Constituição prescreve não há como dizer que dele não se conhece se houver possibilidade do emprego da solução alternativa. Ainda mais que, no caso do *habeas-corpus* por nulidade, o art. 648 do CPP é mais estrito que os arts. 102, III, e 105, III, pois o art. 5º, não especifica o que se entende por coação ilegal remetendo, pois, ao 648 do CPP, que, em seu inciso VI, não se satisfaz com a possível existência de nulidade, mas exige que seja o processo

"manifestamente nulo" (*in verbis*).

Uma vez que o *habeas-corpus* impetrado contra prestação jurisdicional que, em tese, pode ser também alterada por via de recurso, **não implica em "substituição" mas em uso do remédio**

HC 468617/RJ

jurídico principal, sendo o outro o alternativo, não há base legal para dele não conhecer.

Não havendo base legal, o que existirá será uma *jurisprudência defensiva*, ou seja, com o fito de defender o tribunal contra o excesso de trabalho. **Mas isto não pode ser feito ao custo de uma cláusula pétrea.** Não se trata de construir jurisprudência que veda se conhecer de habeas-corpus *"substitutivo de recurso"*. O correto está em entender **que o habeas-corpus apenas substitui o recurso quando o paciente está solto e não há iminência de ser preso, embora exista a possibilidade mediata, ou seja, se for a condenação definitivamente confirmada.**

Finalmente, observo que o CPP é anterior à Constituição vigente, pelo que pode-se admitir causas de nulidade não contempladas no art. 648 citado, desde que contrariada.

Sou, pois, pelo conhecimento, por todos os fundamentos, independente de parte deles poderem, em teses ser arguidos por via de Recurso Especial, já que há prisão ordenada.

Entretanto, fosse o caso de excluir os que poderiam ser por aquele, tal não atingiria o de impossibilidade de execução provisória de sentença penal, eis que não existe previsão de recurso específico para impedir que o réu seja preso antes do trânsito em julgado.

Passo, agora, a examinar o mérito.

I I I

III. 1 – QUANDO AO PRIMEIRO FUNDAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONDENAÇÃO CRIMINAL.

Li, com atenção, o extenso V. acórdão do Eg. STF, integrado pelo voto do Relator e demais que o acompanharam. Li, igualmente, os doutos (e não menos respeitáveis) votos vencidos.

Quanto aos vencedores, não desconhecem que uma interpretação literal do art. 5º, LVII, da Constituição, leva a concluir pela impossibilidade de se executar provisoriamente a pena. Entre outras manifestações, cole-se o voto do Excelentíssimo Ministro Edson Fachin:

"... interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" sem o apelo à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu." (in verbis)

Esta "literalidade" deveria, conforme o entendimento, ser superada, porque estimula recursos procrastinatórios e, eventualmente, leve à prescrição. Isto embora os recursos Especial e Extraordinário tenham previsão, apenas, de efeito devolutivo, e seja ínfima a percentagem dos extraordinários providos para absolver o réu.

Sustenta-se que, encerrado o julgamento do recurso de apelação, há "trânsito em julgado" no que concerne à materialidade e à autoria, só restando examinar improvável hipótese de ofensa à Constituição ou à lei ordinária.

O Excelentíssimo Ministro Luiz Fux disse em seu voto:

"Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então,

HC 468617/RJ

essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito em julgado, e se entrem o trânsito em julgado exatamente nesse momento”

O Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, afirmou:

“Pois bem. No meu entendimento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e novos.” (in verbis)

O Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso defendeu a possibilidade de **“mutação constitucional por via de interpretação”**, citando trabalho doutrinário de própria autoria, *in verbis*:

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só há norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso de interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixava anteriormente.

*(...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os verbos de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que era tolerada, deixou de ser (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance de uma norma. **O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa.** Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em um outro”*

“8 – Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Se matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2002, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Só agora encaminhou-se para nova mutação, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

9 – Com efeito, a impossibilidade de execução de prisão após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu outras consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal (...)” (in verbis)

OBSERVO QUE A MATÉRIA NÃO É OBJETO DE SÚMULA VINCULANTE, E QUE RESTARAM VENCIDOS OS NOBRES MINISTROS ROSA WEBER, MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO, E O PRESIDENTE RICARDO LEWANDOWISKI.

Documento assinado via Token digitalmente por JOAO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO, em 14/02/2019 15:30. Para verificar a assinatura acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave BD0CBC9D.A095BE7B.8DCAB1EE.6DA41193

HC 468617/RJ

Observo, ainda, que o parecer do MPF foi pela concessão da ordem, embora não tenho conhecimento do teor da manifestação oral.

Isto me deixa à vontade para DISCORDAR do entendimento sufragado pelo d. maioria, e é o que passo a fazer.

Em primeiro lugar, discordo de que possa haver mutação constitucional por via de interpretação da norma. É certo que cada magistrado, e não apenas cada magistrado, mas cada pessoa, é livre de interpretar uma norma como julgar correto. Mas, por uma questão de lógica elementar, **é impossível haver duas interpretações antagônicas para uma mesma lei, e as duas estarem corretas.** Se um jurista interpreta certa lei de uma forma, e outro de forma diametralmente oposta, vão existir duas interpretações, **mas uma estará certa e outra errada.**

Assim, se o texto da lei não mudou (o que poderia alterar a interpretação gramatical), se não mudou o contexto legislativo em que inserida (o que poderia alterar interpretação sistêmica), **"mudar a interpretação" significa admitir que a anterior estava errada.**

Então, quando se muda a interpretação de uma norma da Constituição, o que ocorre, *data venia*, não é uma *"mutação constitucional"*, mas uma mutação **interpretativa.** Pode-se ter trocado uma interpretação errada pelo certa, ou **vice-versa.**

Naturalmente isto não tem nenhuma relação necessária com a maior, ou menor, cultura do intérprete. A interpretação de uma lei se dá, preventiva ou resolutivamente, em face de **uma dúvida**, e seria materialmente impossível se antever **todas** as possibilidades de dúvida no próprio momento que a lei é publicada. Certos aspectos controversos só podem ser percebidos após certo tempo de aplicação da norma, quando alguém por inconformismo com aquilo que se vem entendendo, sugere que a lei pode estar sendo compreendida de forma errônea. Isto pode levar mais, ou menos tempo, pode nunca ocorrer, e, ocorrendo, pode ser rejeitado.

Considero que não altera este quadro o fato da *"ideia do bem, do justo, do ético"*, variar no tempo. Isto porque a variação nos deixa ante duas hipóteses: ou o legislador empregou na lei um conceito necessariamente mutável, e aí não há que se modificar o texto para alterar seu alcance (ex: "objeto obsceno", no art. 234 do CP), bastando aplicar o senso comum, **ou não empregou**, e aí **há necessidade da revogação da lei**, que pode ser através de outra que dispunha de forma completa sobre o mesmo assunto, ou por revogação especialmente dirigida. Mas sem revogação não haverá como alterar, **e a atribuição de revogar e editar leis não é do Poder Judiciário.**

No caso presente, como se costuma dizer em matéria de regulamentação desportiva, *"A REGRA É CLARA"*. A Constituição não deixa dúvida quando diz que:

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"
(art. 5º. LVII, *in verbis*)

Não se trata (mais uma vez pedimos *venia*), de um "princípio" mas de **uma regra.** Não se trata do enunciado de ordem geral a ser observado na medida do possível, **mas de uma proibição.** Se diz *"ninguém será considerado culpado..."*, por lógica decorrência **proíbe se tratar como culpado.** De nada valeria proibir *"considerar como..."*, e admitir *"tratar como"*. **Vale dizer, nenhuma das consequências da condenação pode incidir sobre o réu, antes do trânsito em julgado.**

Afigure-se paradoxal que se admita que a privação da liberdade possa, **como pena**, ser aplicada antes do trânsito em julgado, e, ao mesmo tempo, que

"Há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidas com o trânsito em julgado, com os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função

HC 468617/RJ

pública ou mandado eletivo, etc)...” (Voto do Min. Luís Alberto Barroso, in verbis)

Para perder o cargo é necessário o trânsito em julgado, para ir para a cadeia, não... E a “*ampla defesa; com os meios e recursos a ele inerentes*” (artigo 5º, inciso LV da CF), como fica?! Então alguém pode ser punido quando não esgotou ainda os “*meios e recursos*” necessários a se defender?!

Em segundo lugar, discordo do “fatiamento” que se pretende fazer do trânsito em julgado, dizendo que a **matéria de prova** transita primeiro, na segunda instância, já que não pode ser discutida nas instâncias especiais.

Não é bem assim, *data venia*, porque, através do recurso se julga sob o aspecto formal a sentença penal condenatória, que não preclui com o julgamento da apelação. Só não caberá voltar a discutir a matéria de fato, como consequência de inobservância de lei federal referente à instrução ou julgamento, passível de ser reconhecida pela instância especial, quando esgotadas as possibilidades de recurso. Claro que o STJ e o STF não vão rediscutir se houve crime, e se o recorrente foi quem o praticou. Mas podem determinar que as instâncias inferiores o façam, porque, da primeira vez, não observaram as formalidades essenciais.

É certo que pode ocorrer Recurso Especial que não tenha por objeto anular o feito, mas absolver, por exemplo, em face de atipicidade. Mas a lei não distingue entre estes e os outros, falando apenas em “*trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. E sentença transitada em julgado, é aquela contra a qual não cabe mais recurso, seja ele qual for.

Em terceiro, não me impressionou a informação de que só um número muito reduzido de recursos extraordinários acabam em absolvição. Isto porque o permissivo de execução provisória se aplica também aos casos em que há pendente Recurso Especial, e o provimento

destes, em matéria criminal, mormente em se tratando de questões de Direito Adjetivo, não é tão raro assim. Note-se que, até recentemente, admitia-se o *habeas-corpus* substitutivo de recurso, coisa que a nova jurisprudência (da qual também discordo pelos motivos apontei) não permite. Então, se há reduzido número de provistos em matéria criminal, isto não significa, necessariamente, que exista reduzido número de nulidades a sanar, mas que tal vinha sendo feito através de *habeas-corpus*, e, agora, é de se prever o aumento do número de Recursos Especiais providos.

Em quarto, também não me impressiona o argumento de que o Brasil é “*o único país do mundo*” em que não se admite a execução da pena logo após julgamento de 2ª Instância. Isto, seja porque ninguém conhece a legislação de “*todos*” os países, seja porque entre os que o permitem há os que admitem a prestação de fiança, conforme o caso, não se aguardando preso o julgamento final.

Tampouco a circunstância da Declaração de Direitos Humanos da ONU, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos, só assegurarem a presunção de inocência “**enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa**”.

Como se sabe, aquelas convenções estipulam as **garantias mínimas**, não impedindo que os países signatários adotem outras, **ampliando** (jamais restringindo). “**Direito Humanos**” são uma **coisa**, e “**Direitos e Garantias Individuais**” outra, embora tenham **muito em comum**.

Assim, o Direito Internacional se contenta com a presunção de inocência enquanto não provada a culpa, mas o Direito Constitucional do Brasil a estende “*até o trânsito em julgado da sentença condenatória*”. E não por acaso, mas porque a Constituição de 1988, também chamada “*Constituição Cidadã*” foi, neste aspecto, uma reação ao período autoritário, onde se negava ao Poder Judiciário examinar determinadas lesões ao direito e, até mesmo, conceder *habeas-corpus* em crimes de determinada natureza (voltando ao tema do “recurso substitutivo”, percebe-se certa

HC 468617/RJ

analogia entre a proibição de conhecimento de habeas-corpus relativos aos Crimes contra a Segurança Nacional e a de tal conhecimento nos que tiverem a suposta finalidade de "burlar o sistema recursal", *data venia*).

Se acaso o constituinte exagerou no garantismo, é ao Congresso, e não ao Poder Judiciário, que cabe modificar a lei.

Finalmente, entendo que, realmente, a legislação abre brechas para sucessão de recursos procrastinatórios, e que isso é extremamente prejudicial e deve ser modificado. Contudo, magistrado não é legislador, e, por motivo de conveniência social não se pode atropelar o processo legislativo, nem se usurpar competências ou atribuições.

Sendo assim, filio-me ao entendimento manifestado nas d.d. votos vencidos, em especial no do Presidente Ministro Ricardo Lewandowski, à pg. 97 do v. acórdão:

"Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico, não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando o, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu direi que "in claris cessat interpretatio". E aqui nós estamos, evidentemente, "in claris", e aí não podemos interpretar, data venia.

Eu me recordo que, daquele jeito, naquela oportunidade, o Ministro Eros Graus, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações (deve ser "constatações") de ordem prática – dizendo que ninguém mais vai ser preso, que

os tribunais superiores vão ser inundados de recurso, nem mesmo estes argumentos importantes, que dizem até com o efetividade da Justiça, podem ser invocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência." (in verbis)

Passo, agora, ao derradeiro fundamento de impetração.

III. 2 – QUANTO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, E REGIME INICIAL.

Insurge-se o i. impetrante quanto à dosimetria da pena-base, por haver o MM. Juiz feito preponderar duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, sobre duas favoráveis.

O MM. Juiz bem fundamentou, baseando-se na periculosidade dos agentes e nas consequências do delito.

Pelo mesmo motivo foi fixado o regime semiaberto.

Em matéria de dosimetria, é jurisprudência pacífica que o Eg. STJ só deve interferir quando **evidenciado** excesso, o que não se logrou demonstrar. O regime inicial é lógica decorrência das condições objetivas e subjetivas.

IV CONCLUSÃO

Pelo exposto OPINO se conheça da impetração e que se conceda a ordem **em parte**, para que o réu seja restituído à liberdade e assim permaneça até que haja trânsito em julgado que eventualmente confirme a condenação.

É O PARECER.

Brasília, 16 de agosto de 2016.

JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO
Subprocurador-Geral da República

HC 468617/RJ

OBSERVO PORÉM que, quanto ao fundamento da falta de motivação quanto à necessidade, discordo. A prisão de que aqui se cuida não é de finalidade cautelar, mas se trata de execução de sentença. Então, ou a sentença pode ser executada provisoriamente, e neste caso dispensa fundamentação, ou não pode, ressalvada excepcional concessão de efeito suspensivo, decisão que cabe à autoridade judiciária do Tribunal *ad quem* com competência para juízo de admissibilidade (Sumula 635 STF)

III

Pelo exposto OPINO pela concessão da ordem.

É O PARECER.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO
Subprocurador-Geral da República

Documento assinado via Token digitalmente por JOAO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO, em 14/02/2019 15:30. Para verificar a assinatura acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave BD0CBC9D.A095BE7B.8DCAB1EE.6DA41193