HABEAS CORPUS Nº 504.298 - PB (2019/0105578-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	OZAEL DA COSTA FERNANDES
ADVOGADO	:	OZAEL DA COSTA FERNANDES - PB005510
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE	:	JOSENILDO LACERDA PEREIRA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSENILDO LACERDA PEREIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba**, nos autos da apelação criminal n. 0000618-68.2010.815.0561.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 15 (quinze) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, §1º, c/c §2º, IV, do Código Penal (fls. 11-15).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do paciente para 14 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, em v. acórdão assim ementado:

> *"**APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO QUALIFICADO**. Art. 121, §1º, c/c §2º, III, do Código Penal. Diminuição da pena- base. Possibilidade Pedido de redução da reprimenda em face do homicídio privilegiado em seu patamar máximo. Inviabilidade. Discricionariedade do juiz. **Provimento parcial do apelo.***
>
> *- O Conselho de Sentença acolheu a causa de diminuição da pena prevista no § 1º do art. 121 do CP, qual seja ter agido o réu por violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, desta forma, não poderia o Juiz Presidente ter valorado negativamente os motivos do crime, na primeira fase da reprimenda, sob pena de incorrer em contradição.*
>
> *- A redução da pena em face do reconhecimento do homicídio privilegiado, entre o mínimo de 1/6 e o máximo de 1/3,*

embora seja obrigatória, fica a critério do magistrado, que, no caso, declinou as razões pelas quais optou pela redução mínima" (fl. 22).

Os embargos de declaração opostos pela defesa, às fls. 41-47, foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão. Contradição. Obscuridade. Ambiguidade. Inexistência. Rejeição.

- Na consonância do previsto no art. 619 do CPP, os embargos de declaração se consubstanciam em instrumento processual destinado a retificar do julgamento ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, sem modificar a substância da decisão, não se prestando para buscar aclaração sobre o convencimento do Órgão Julgador, principalmente quando têm o nítido propósito de obter o reexame de tese já devidamente exaurida pelo relator do aresto embargado.

- Ponto outro, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão" (fl. 41).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na aplicação da fração mínima pelo reconhecimento do privilégio constante do § 1º do art. 121 do Código Penal.

Requer, assim, a concessão da ordem para que o reconhecimento do privilegio seja reduzida na fração máxima legal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 58-59.

Informações prestadas às fls. 64-65.

O Ministério Público Federal, às fls. 83-87, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – REVISÃO DE DOSIMETRIA – IMPROCEDÊNCIA -

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA - LIVRE CONVECIMENTO FUNDAMENTADO DO JULGADOR - REEXAME DOS FATOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INOCORRÊNCIA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 83).

É o relatório.

Decido.

Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

No tocante ao pedido de aplicação da minorante prevista no art. 121, § 1º, do Código Penal, em seu grau máximo, sabe-se que, uma vez reconhecido o privilégio pelo Tribunal do Júri, deve o juiz aplicá-la. Ressalte-se, contudo, ser imprescindível que a fundamentação esteja baseada no caso concreto, de modo a justificar o abatimento no patamar por ele escolhido, com base na relevância do motivo de valor moral ou social, ou na intensidade de emoção do réu, ou no grau de provocação da vítima. Evidente, portanto, não ser correto calcular a incidência da redutora com fundamento em considerações acerca das circunstâncias judiciais, uma vez que o art. 121, § 1°, do Código Penal prevê condições próprias.

No presente caso, manifestou-se o Tribunal de origem nos seguintes termos (fls. 27/ 28, grifei):

"Na terceira fase, requer o recorrente a redução da pena em 1/3, em razão do reconhecimento pelo Tribunal do Júri do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP).

Contudo, verifico, que referido pleito não merece prosperar.

Vê-se que, embora tenha sido reconhecido pelos jurados que a vítima causou alguma provocação, a reação do réu foi desproporcional, violenta e cruel, eis que praticou o delito, tão somente, em razão do ciúme pelo fato da vítima encontrar-se em outro relacionamento.

O juiz da causa, ao dispor que não teria dados concretos para avaliar o grau de emoção e da injusta provação da vítima, agiu com acerto ao reduzir a pena pela figura do homicídio privilegiado em 1/6.

Cumpre ressaltar que embora os jurados tenham reconhecido que o réu praticou o fato sob domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação, certamente, no presente caso, nem a emoção e nem a provocação ocorridas possibilitam a redução máxima prevista no § 1º, do art. 121, do CP.

Com efeito a redução da pena pelo privilégio prevista no artigo 121, § 1º, do CP, deve ser pautada pela análise da intensidade da emoção do agente e do grau de injustiça da provocação da vítima, que, no caso em comento, não pode ser auferida, eis que a vítima não sobreviveu.

Outrossim, tem-se que, embora na aplicação da causa especial de diminuição da pena do art. 121, § 1º, (homicídio privilegiado), a redução da pena entre o mínimo de 1/6 (um sexto) e o máximo de 1/3 (um terço) seja obrigatória, o quantum desta diminuição, ***fica a critério do magistrado, que, no caso, declinou as razões pelas quais optou pela redução mínima de 1/6 (um sexto)****".*

Desse modo, verifica-se que o magistrado fundamentou a redução no mínimo legal, em 1/6, tendo em vista a mínima intensidade tanto da emoção com que foi acometido quanto da provocação da vítima. Tais elementos são exatamente aqueles que devem ser considerados para a fixação do **quantum** do privilégio, pelo que se conclui não merecer reparos a sentença no que toca à dosimetria da reprimenda.

Ressalte-se que quaisquer outras considerações acerca da matéria em apreço demandariam, necessariamente, amplo revolvimento fático-probatório, o que é vedado na estreita via do **habeas corpus**.

Estando, portanto, o acórdão impugnado em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Por fim, ressalto por oportuno, que recentemente, numa guinada em

sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, julgando o **HC n. 126.292/SP**, sob relatoria do em. Ministro **Teori Zavascki**, entendeu ser possível a execução das condenações a partir dos pronunciamentos proferidos em 2ª instância, independentemente da interposição dos recursos de natureza extraordinária. Vejamos a ementa do aresto:

> *"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.*
>
> ***1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.***
>
> *2. Habeas corpus denegado".*

Tal tese foi novamente asseverada por ocasião do indeferimento das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44/STF, e já vinha sendo amplamente aplicado por esta Corte Superior de Justiça, consoante se infere dos seguintes precedentes, neste mesmo sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.*
>
> ***1. Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.***
>
> *2. Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências*

cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado" (EDcl no HC n. 348.612/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 16/6/2016).

"RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXIBIÇÃO DE FOTOGRAFIA AOS JURADOS. AUSÊNCIA DE JUNTADA COM PRÉVIA ANTECEDÊNCIA DE TRÊS DIAS ÚTEIS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. IMAGEM NÃO RELACIONADA AOS FATOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SILÊNCIO DO RÉU. AFIRMAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO NA REDAÇÃO DE QUESITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

7. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, no julgamento do HC n. 126.292/SP, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação do acórdão condenatório.

8. Diante do esgotamento das vias ordinárias, seria possível até já se determinar a execução provisória da pena, motivo pelo qual não se constata ilegalidade na manutenção da prisão do recorrente.

9. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, não provido" (REsp n. 1.492.529/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 17/6/2016).

Tal entendimento, ainda, foi confirmado por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, no qual o Plenário reafirmou a jurisprudência do **Pretório Excelso** no sentido de que *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"* (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 25/11/16).

Deve-se ressaltar ademais, acerca do tema, que nos recursos especial

e extraordinário, **o que é fato, ou seja, a apreciação a respeito do arcabouço probatório produzido no processo**, e que, geralmente, conduz à conclusão a respeito da materialidade e autoria do crime, são **temas não devolvidos à apreciação, seja do Supremo Tribunal Federal, quando julga o recurso extraordinário, seja do Superior Tribunal de Justiça, quando julga o recurso especial**.

É que, uma vez assentada a matéria de fato, pela instância ordinária – sentença e acórdão -, ter-se-á a impossibilidade de discussão de tais questões nos recursos especial e extraordinário. Esses, como visto, aludirão à eventual contrariedade da decisão à Constituição Federal ou à lei federal. E aqui, **a presunção de que se deve cogitar é a de que a decisão recorrida, emanada de um Tribunal, esteja afinada com a lei e a Constituição**. A presunção, repito, **é a de que os juízes e os Tribunais cumpriram a lei e a Constituição**, o que se depreendia, inclusive, **verbi gratia** da antiga **súmula 400, do Supremo Tribunal Federal**, editada **antes do advento da Constituição Federal de 1988** e segundo a qual: "*decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F*".

De maneira que, sem nenhum arranhão ao princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência, a partir da decisão condenatória do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, **penso**, pode-se partir para a execução da pena.

Isto para não dizer que **a presunção de inocência se vê mitigada a partir da primeira decisão condenatória**, ainda que do juiz de primeiro grau.

Com efeito, **se a sentença condenatória de primeira instância não abalasse a presunção de inocência**, ou seja, se diante do ato jurídico sentença condenatória e o artigo 5º, LVII da Constituição Federal, o que se assentasse fosse a inocência, e não a culpabilidade afirmada pelo juiz, **a ausência de recurso a essa mesma sentença não poderia ensejar a execução da pena**.

Prolatada que seja, entretanto, a sentença condenatória, se nada for feito pelo condenado, isto é, mantido o estado de inércia, o que se tem é a

produção do efeito dessa mesma sentença, que afirmava a culpabilidade e determinava a execução da pena.

Ademais, sob a égide da Constituição Federal de 1988, **por dezenove anos** a admissibilidade da execução provisória não apresentava os problemas ulteriormente assinalados no **Habeas Corpus** 84.078, da relatoria do em. Min. **Eros Grau**, e que **rompeu com a linha de precedentes até então desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça**. A retomada do alvitre anterior, no sentido da admissão da execução provisória, a partir do **Habeas Corpus** 126.292, também da eg. Suprema Corte, **não afasta**, evidentemente, que**, calcado num juízo de probabilidade**, possa o Tribunal Superior, para o qual endereçado o recurso especial ou extraordinário, conceder-lhe, **em situações particulares**, medida acauteladora **tendente à obstrução dos efeitos da decisão de condenação**.

Assim, **a excepcionalidade da situação é que ditará a possibilidade de suspensão dos efeitos do julgado**, sendo, contudo, a **sua produção, à guisa de execução provisória, a regra decorrente do julgamento condenatório proferido pelo segundo grau de jurisdição**, como sucede na espécie.

Desse modo, os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

Diante de tais observações, entendo pela inexistência de qualquer flagrante ilegalidade, quanto a possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus.**

P. e I.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator