

RECLAMAÇÃO 30.245 PARANÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECLTE.(S) : JOSE DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA
ADV.(A/S) : ROBERTO PODVAL E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : NÃO INDICADO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Reclamação constitucional, com pedido de liminar, ajuizada por José Dirceu de Oliveira e Silva em face do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo ato comissivo teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal no que ficou decidido no HC nº 137.728/PR.

Aduz o reclamante que

“responde ações penais perante a Justiça Federal do Paraná, estando, duas delas, em grau recursal junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em uma dessas já houve julgamento de apelação, estando pendente, agora, embargos infringentes, que foram pautados para sessão do próximo dia 19/4/2018.

Ocorre que nessa ação penal que se encontra em estágio recursal mais avançado, no julgamento da apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu comando, no corpo do acórdão, determinando a prisão do reclamante tão logo cesse a jurisdição daquela Corte, ou seja, seja efetivada a execução provisória da pena:

‘7.36. Considerando o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, deverá ser oficiado à origem, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou

julgado estes, para dar início à execução do julgado, ou dos termos de acordo de colaboração, conforme o caso específico de cada condenado.’ (Doc.01).”

Segundo a defesa,

“a determinação de prisão do reclamante deu-se, tão somente, em razão de **comando automático e genérico** segundo o qual, em razão de precedente desse E. STF, fosse iniciado o cumprimento da pena de todos os réus que tiveram as condenações confirmadas após esgotados os recursos com efeito suspensivo.”

Esse entendimento, na sua visão,

“viola o quanto decidido pela C. Segunda Turma dessa E. Corte quando do julgamento do *Habeas Corpus* 137.728, que revogou a prisão preventiva do paciente e a substituiu por medidas cautelares diversas da prisão, **fazendo prevalecer, no caso em concreto e em decisão transitada em julgado, o princípio da presunção de inocência, em sua mais ampla acepção (...)**” (grifos do autor)

Defende, já que a persecução penal em face do reclamante ainda não se encerrou, “a existência de flagrante descumprimento da decisão dessa C. Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, fazendo-se necessária sua pronta intervenção para restabelecimento da autoridade do referido *decisum*”.

Ainda segundo a defesa

“acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região não se atentou para o fato de que essa C. Segunda Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* 137.728/PR, revogou a prisão do reclamante **invocando, dentre seus fundamentos, o princípio da presunção de inocência, a ser observado no curso da**

persecução penal:

(...)

Como se vê do excerto destacado do acórdão, embora o afastamento da prisão cautelar do reclamante tenha se dado, igualmente, a luz da improcedência dos argumentos invocados pelo decreto de prisão, temos que a C. Segunda Turma, em seu pronunciamento, acabou reconhecendo a aplicabilidade, no caso, do princípio da presunção de inocência em sua mais ampla acepção, no sentido de não se considerar o reclamante culpado e de não se antecipar sua pena enquanto perdurar a persecução penal.” (grifos do autor)

Por esses argumentos conclui

“que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ora reclamado, ao determinar a prisão do reclamante, **sem qualquer fundamentação, de forma automática, genérica e sem se atentar a circunstâncias pessoais de nenhum dos réus**, e malgrado o reconhecimento, por essa C. Segunda Turma, da presunção de inocência enquanto persistir a persecução penal, da suficiência das medidas cautelares impostas (e rigorosamente cumpridas) e da não obrigatoriedade da execução provisória (mas de sua “possibilidade”), descumpriu os termos do acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 137.728/PR.” (grifos do autor)

Justifica nesses argumentos a existência do **fumus boni juris**, sendo que o **periculum in mora** remanesce do fato de que “no próximo dia 19 de abril de 2018 haverá julgamento dos seus embargos infringentes.”

Requer o deferimento da liminar “para sobrestar a tramitação do processo, até o julgamento do mérito da presente reclamação, determinando-se ainda que o reclamante não seja preso nesse interregno.”

No mérito, pede a procedência da ação, “cassando-se a decisão reclamada, determinando-se ao Tribunal Regional da 4ª Região que

observe o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 137.728/PR, qual seja, o direito do reclamante à presunção de inocência.”

Em decisão proferida na data de 18/4/18, entendi pelo indeferimento do pedido liminar, ante a impossibilidade de atuação individual deste Relator em hipóteses como esta, mormente devido aos recentes julgamentos do Plenário desta Corte, a saber:

a) nos autos do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavaski**, DJe de 17/5/16, por meio do qual assentou a Corte que 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 art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal;

b) quando do indeferimento das medidas cautelares formuladas nas ADC nº 43 e 44, em que reafirmado o entendimento retro, nas quais se pleiteava, sob a premissa de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP;

c) nos autos do ARE nº 964.246/SP-RG (Tema nº 925), no qual, mais uma vez, ratificado o referido posicionamento da Corte, e, por fim,

d) na conclusão do julgamento do HC nº 152.752/PR, no qual o Tribunal Pleno, em 4/4/18, manteve, por ilustrada maioria, a tese de que a execução provisória da pena não compromete a matriz constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região prestou informações (eDoc. 12), aduzindo, em síntese, que

“JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, GERSON DE MELO ALMADA e FERNANDO ANTONIO GUIMARÃES HOURNEAUX DE MOURA interpuseram Embargos Infringentes, a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª

Região, por unanimidade, (a) não conheceu dos embargos infringentes e de nulidade interpostos por FERNANDO ANTONIO GUIMARÃES HOURNEAUX DE MOURA e GERSON DE MELO ALMADA; (b) conheceu parcialmente dos embargos infringentes e de nulidade interpostos por JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA e, na parte conhecida, negar-lhe provimento; e **(c) determinou, quando houver o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, a imediata comunicação ao juízo de origem para o início da execução provisória das penas (...).**

(...)

Derradeiramente, GERSON DE MELO ALMADA, FERNANDO ANTONIO GUIMARÃES HOURNEAUX DE MOURA, JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA interpuseram Embargos Declaratórios, ainda pendentes de julgamento pela Quarta Seção desta Corte.

Nesse ínterim, JÚLIO CESAR DOS SANTOS, JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA E SILVA, GERSON DE MELO ALMADA, ROBERTO MARQUES, FERNANDO ANTONIO GUIMARÃES HOURNEAUX DE MOURA e RENATO DE SOUZA DUQUE interpuseram Recurso Especial ao STJ. ROBERTO MARQUES também interpôs Recurso Extraordinário ao e. STF.

(...)

Tendo em conta a determinação para execução da pena ‘assim que a segunda instância’, pois ‘a execução da pena terá início assim que exaurida a segunda instância, não se devendo aguardar o trâmite de eventuais recursos especiais e extraordinários, os quais não versam sobre matéria de fato e não são dotados de efeito suspensivo’, foi dado início à execução provisória das penas de Luiz Eduardo de Oliveira e Silva (Execução Penal Provisória nº 5005199-85.2018.404.7000); Júlio César dos Santos (Execução Penal Provisória nº 5005206-77.2018.404.7000) e de Roberto Marques (Execução Penal Provisória nº 5005277-79.2018.404.7000).” (grifos nossos)

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se pela improcedência da reclamação, em parecer assim ementado:

“RECLAMAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. DETERMINAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ASSIM QUE DECORRIDOS OS PRAZOS PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS DOTADOS DE EFEITO SUSPENSIVO, OU JULGADO ESTES. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE HABEAS CORPUS CONCEDIDO PELO STF PARA SUBSTITUIR A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO POR MEDIDA CAUTELAR DIVERSA. AFRONTA À AUTORIDADE DO STF NÃO CONFIGURADA.

1. Reclamação ajuizada sob o fundamento de que a decisão dessa Excelsa Corte no julgamento do HC 137.728/PR, no qual foi concedida a ordem ao paciente para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares dela diversas, foi descumprida pelo TRF 4ª Região, que, ao confirmar a sentença condenatória em grau de apelação, determinou a execução provisória da pena tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgado estes.

2. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

3. O Plenário do STF sedimentou entendimento no sentido de que 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. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Ato reclamado proferido em conformidade com o que decidido pelo STF no julgamento das liminares nas ADCs nºs 43 e 44, no HC n.º 126.292/SP e no ARE n.º 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida Tema n.º 925.

- Parecer para que a **reclamação seja julgada improcedente.**” (grifos do autor)

Por intermédio da Petição/STF nº 42.402/18, os defensores do reclamante ventilam a real possibilidade de êxito em seus recursos especial e extraordinário, cujas matérias suscitadas

“dizem respeito a relevantes pontos, tais como a possibilidade real de decretação da nulidade do feito desde o início, e a considerável redução da pena, seja em razão da necessária desclassificação do delito de organização criminosa, seja pelo reconhecimento do concurso formal entre os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.”

Nesse sentido, reiteram o pleito de procedência da ação para que “[o] Tribunal Regional da 4ª Região que observe o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 137.728/PR.”

É o relatório.

RECLAMAÇÃO 30.245 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de reclamação ajuizada por José Dirceu de Oliveira e Silva em face do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo ato comissivo teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal no ficou decidido no HC nº 137.728/PR.

Pois bem, anoto que por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões (CF, art. 102, inciso I, alínea I), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, § 3º).

A reclamatória, neste aspecto, exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os precedentes em processos objetivo ou subjetivo, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de: a) **desrespeito à autoridade da decisão do STF**, porquanto configurada erronia na aplicação do entendimento a evidenciar teratologia da decisão reclamada; e b) **usurpação da competência do STF**, pois existente, **i)** no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (**distinguishing**) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, **ii) em hipótese excepcionalíssima**, a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (**overruling**).

Fixadas essas premissas, destaco que a decisão desta Suprema Corte, cuja autoridade o reclamante sustenta estar comprometida com a manutenção do ato impugnado, consiste no julgamento do HC nº 137.728/PR, no qual figurou como paciente, sendo, portanto, **parte**

legítima para a propositura da ação.

Contudo, no que diz respeito à questão de fundo, malgrado os bem lançados argumentos da defesa, tenho que razão não assiste ao reclamante.

De largada, destaco que no julgamento do HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16, assentou a Corte que 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 art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Esse entendimento foi mantido pela Corte, quando indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, as quais pleiteavam sob a premissa de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP.

Digo, aliás, que o Plenário virtual reafirmou esse entendimento em sede de repercussão geral (Tema nº 925).

Por sua vez, o Tribunal Pleno, em 4/4/18, concluiu o julgamento do HC nº 152.752/PR e manteve, por ilustrada maioria, a tese de que a execução provisória da pena não compromete a matriz constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

Naquela assentada ressalvei meu posicionamento pessoal, no sentido de que a execução provisória da pena deverá ser obstada até o julgamento colegiado no Superior Tribunal de Justiça do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (AREsp), bem como dos primeiros embargos declaratórios eventualmente opostos contra esses julgados.

Contudo, à luz do princípio da colegialidade, tenho aplicado o entendimento predominante na Corte a respeito da execução antecipada.

Feito esse registro, transcrevo, por oportuno, e ementa do julgado

proferido no HC nº 137.728/PR, que o reclamante sustenta ter sido desrespeitado pela autoridade reclamada:

“Habeas corpus. Processual Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal. Superveniência de sentença penal condenatória em que se mantém segregação cautelar com remissão a fundamentos do decreto originário. Cogitada prejudicialidade. Hipótese que não se configura nessas circunstâncias. Precedentes. Constrição assentada na garantia da ordem pública. Aventado risco de reiteração delitiva. Insubsistência. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Gravidade em abstrato das condutas invocada. Inadmissibilidade. Precedentes. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão, se mostram suficientes para obviar o *periculum libertatis* reconhecido na espécie. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares, a serem estabelecidas pelo juízo de origem.

1. A superveniência da sentença penal condenatória, que mantém a prisão preventiva com remissão aos mesmos fundamentos do decreto originário, não torna prejudicado o *habeas corpus*, na linha de precedentes.

2. No caso, a sentença lançada em desfavor do paciente, embora tenha ampliado o espectro de análise dos fundamentos da custódia, baseando-se em um exame mais robusto das provas, valeu-se dos mesmos critérios sopesados no decreto cautelar primeiro, vale dizer, a garantia da ordem pública, consubstanciada no risco de reiteração delitiva e na gravidade da conduta. Logo não há que se cogitar da prejudicialidade da impetração.

3. A prisão cautelar é a ultima ratio, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente pode ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas

ou suficientes para a contenção do *periculum libertatis* (CPP, art. 282, § 6º).

4. Não há como se ignorar a gravidade das condutas supostamente praticadas. Porém, como já destacado por esse Colegiado no julgamento do HC nº 127.186/PR (Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 3/8/15), por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.

5. Descaracterizada a necessidade da prisão, em face da gravidade das condutas, não obstante subsista o *periculum libertatis* do paciente na espécie, esse pode ser obviado com medidas cautelares diversas e menos gravosas, o que também repercutirá significativamente no direito de liberdade do réu.

6. No que se refere ao risco concreto da reiteração delitiva, invocado para garantir a ordem pública, destaca-se que a constrição cautelar do paciente somente foi decidida e efetivada no mês de agosto de 2015, ou seja, 10 (dez) meses após o último pagamento atribuído a ele pelo juízo de origem, datado de outubro de 2014.

7. Portanto, a decisão daquela autoridade judiciária lastreou-se em argumentos frágeis, pois, ainda que amparada em elementos concretos de materialidade, os fatos que deram ensejo ao aventado risco de reiteração delitiva estão longe de ser contemporâneos do decreto prisional. Em consequência, por ter sido decretada muito tempo após a última intercorrência ilícita noticiada, o título não deve subsistir por esse fundamento.

8. O princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado.

9. Descabe a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau, contrariando

o entendimento fixado pela Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16.

10. Entendimento diverso importaria na restauração do instituto da prisão preventiva obrigatória, *ratio* da primeira redação do art. 312 do Código de Processo Penal, a qual estabelecia essa modalidade odiosa de constrição nos crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, tendo sido acertadamente revogada pela Lei nº 5.349/73.

11. *Habeas corpus* concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem.” (grifos conforme o original)

Anoto que a Corte ao julgar o HC nº 137.728/PR, impetrado em favor do reclamante, concluiu pela concessão da ordem de **habeas corpus, para revogar a prisão preventiva do paciente, decretada nos autos da Ação Penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000/PR e da Ação Penal nº 5030883-80.2016.4.04.7000/PR, ambas da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná, determinando sua substituição por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem, nos termos do voto que proferi naquela assentada.**

Por sua vez, a autoridade reclamada, ao concluir o julgamento de recurso de apelação nos autos da Ação Penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000/PR, determinou a execução provisória da pena do reclamante, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes. **Vide:**

“(...)

30. EXECUÇÃO DA PENA ASSIM QUE EXAURIDA A SEGUNDA INSTÂNCIA. A execução da pena terá início assim que exaurida a segunda instância, não se devendo aguardar o trâmite de eventuais recursos especiais e extraordinários, os quais não versam sobre matéria de fato e não são dotados de efeito suspensivo.” (anexo 12)

Conclui-se, portanto, que inexistente identidade entre o ato reclamado e o julgado na ação paradigma.

Com se lê na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mostra-se inviável a reclamação quando inexistente identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigma. Confira-se:

“RECLAMAÇÃO (...) – INEXISTÊNCIA DA NECESSÁRIA RELAÇÃO DE IDENTIDADE ENTRE A MATÉRIA VERSADA NA DECISÃO OBJETO DA RECLAMAÇÃO E OS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE AO PARADIGMA DE CONFRONTO INVOCADO PELA PARTE RECLAMANTE – INADMISSIBILIDADE DO USO DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO QUANDO O ATO QUESTIONADO NÃO SE AJUSTAR, COM EXATIDÃO E PERTINÊNCIA, AO PARADIGMA DE CONTROLE ALEGADAMENTE TRANSGREDIDO – PRECEDENTES – (...) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (Rcl nº 27.628-AgR/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 30/11/17)

Perfilhando esse entendimento:

“Agravo regimental em reclamação. 2. Inexistência de ofensa à autoridade de decisão proferida por esta Suprema Corte no julgamento da ADI n. 3.395. 3. Ausência de similitude fática e de estrita aderência entre o conteúdo do ato reclamado e o objeto da decisão-paradigma. 4. Não ocorrência de nenhuma das hipóteses de cabimento previstas no art. 102, I, 'I', da Constituição Federal e no art. 988 do CPC/2015. 5. Reclamação como sucedâneo recursal. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl nº 22.622-AgR/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 13/11/17)

Confira-se ainda: Rcl nº 27.123-AgR/RS, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 18/12/18; Rcl nº 26.477/SP, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 7/4/17; Rcl nº 21.002-ED/SP, Primeira Turma,

Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 14/9/15; e Rcl nº 21.349/SP, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 5/11/14, entre outras.

É certo que, ao tratar, no acórdão paradigma, da matriz constitucional da presunção de inocência, fiz consignar que seria descabida “**a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau**”, contrariando, dessa forma, o entendimento fixado pela Corte no HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16.

Essa assertiva a respeito do postulado constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), no entanto, não obsta uma vez exaurida a instância recursal, que se execute antecipadamente em seu desfavor o acórdão penal condenatório, **sendo certo que sua custódia, a rigor, não mais se reveste de natureza cautelar**, mas sim das características de prisão-pena - vale dizer, sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, a qual exige a formulação de um juízo de culpabilidade em um título judicial condenatório (v.g. HC nº 152.707-MC/SP, de **minha relatoria**, DJe de 4/4/18; Rcl nº 25.111-AgR/PR, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 1º/2/18).

Até porque, **interpretação diversa, subverteria o próprio entendimento que prevalece na óptica da maioria dos membros da Corte de que essa execução, na forma colocada, não compromete a presunção de inocência** (Tema nº 925 da Repercussão Geral).

Ainda por ocasião do julgamento do HC nº 137.728/PR, impetrado em favor do ora reclamante, fiz constar que eventual confirmação da condenação do paciente em grau recursal possibilitaria a execução provisória da reprimenda, na linha de julgado, alhures citado, do próprio Tribunal Pleno.

Vê-se, ademais, que a presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) foi abordada no acórdão paradigma sob a perspectiva de que a **prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar**, não pode servir ao propósito de antecipação de pena do indiciado ou do réu, como adverte o

Ministro Celso de Mello:

“Impõe-se advertir , no entanto , que a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) - **que não se confunde** com a prisão penal (*carcer ad poenam*) - **não objetiva infligir punição** à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz** , a prisão cautelar , em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** idéia de sanção. **Constitui** , ao contrário , **instrumento** destinado a atuar **em benefício** da atividade desenvolvida no processo penal (BASILEU GARCIA, **Comentários ao Código de Processo Penal** , vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado:**

A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.

- **A prisão preventiva não pode** - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de **punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois** , no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível** com punições **sem** processo **e inconciliável** com condenações **sem** defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, **mas destina-se** , considerada a **função cautelar** que lhe é inerente, a atuar **em benefício** da atividade estatal desenvolvida **no processo penal** .

(**RTJ 180/262-264** , Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Dá a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, **que tem sido reiterada** em diversos julgados, **no sentido** de que se revela absolutamente **inconstitucional** a utilização, **com fins punitivos** , da prisão cautelar, **pois esta não se destina a punir** o indiciado **ou** o réu, **sob pena** de manifesta ofensa **às garantias**

constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, com a conseqüente (*e inadmissível*) prevalência da idéia *tão cara aos regimes autocráticos* de supressão da liberdade individual **em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo** (**HC 93.883/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.* .

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a função **exclusivamente processual** que lhe é inerente - **não pode ser utilizado** com o objetivo de promover a **antecipação satisfativa** da pretensão punitiva do Estado, **pois** , *se assim fosse lícito entender*, **subverter-se-ia a finalidade** da prisão preventiva, **daí resultando grave** comprometimento ao princípio da liberdade (**RTJ 202/256-258**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).” (HC nº 105.556/SP, Segunda Turma, DJe de 30/8/13 - grifos do autor)

Por sua vez, a defesa traz como mote desta ação, que a afronta ao princípio da presunção de inocência, “em sua mais ampla acepção”, estaria consubstanciada na determinação, pela autoridade reclamada, da execução provisória da pena por **comando automático e genérico** em razão de todos os condenados.

Portanto, essa moldura fático-jurídica, trazida à colação pelo reclamante, não foi objeto de discussão no HC nº 137.728/PR.

Ausente, portanto, identidade com o acórdão paradigma, a improcedência da ação é medida que se impõe.

Todavia, reconheço a existência de plausibilidade jurídica nos argumentos defensivos a respeito da dosimetria da pena imposta ao reclamante pelas instâncias ordinárias, que são objeto de impugnação em sede recursal própria do Superior Tribunal, a quem compete exercer o controle de legalidade dos critérios empregados na dosimetria, bem como operar a sua correção se necessário.

Nesse sentido é o repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. **Vide:**

“A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa

discricionabilidade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. **Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.**” (RHC nº 105.921/PE, Relatora p/ Acórdão a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 28/4/16 – grifos nossos)

Note-se que a defesa aponta a suposta ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em razão das penas em concreto aplicadas ao paciente em concurso material para cada crime de corrupção, tendo como fundamento base o fato de o reclamante contar com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória (CP, art. 115).

Segundo se sustenta,

“as penas ficaram em 5 anos e 6 meses para cada crime, sendo dois em concurso material, e três em continuidade delitiva, com aumento de 1/5, restando em 6 anos e 8 meses.

Para fins de prescrição, considera-se a pena de 5 anos e 6 meses, que prescreve em 12 anos. No entanto, na data da sentença condenatória de primeira instância, JOSÉ DIRCEU tinha 70 anos, razão pela qual a prescrição ocorrerá em 6 anos.

Nesse contexto, tendo em vista que os fatos têm datas entre 2007 e 2009 (razão pela qual não se aplica as alterações promovidas pela Lei 12.234/2010), temos o decurso prescricional entre a data da suposta prática dos crimes de corrupção e os recebimentos da denúncia (...)

A tese em questão tem o beneplácito da jurisprudência da Corte.

Vide:

“DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA.

RÉU MAIOR DE 70 ANOS. BENEFÍCIO ETÁRIO DO ART. 115 DO CP. REDUÇÃO À METADE DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO PELAS PENAS EM ABSTRATO QUANTO AOS CRIMES DE QUADRILHA E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRESCRIÇÃO RETROATIVA PELA PENA CONCRETAMENTE FIXADA QUANTO AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA. CONDENAÇÃO PREJUDICADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Considerando que réu é maior de 70 anos, reduz-se o prazo prescricional pela metade, ex vi do artigo 115 do CP. Favor etário que leva à prescrição dos delitos de quadrilha e lavagem de capitais, tendo em vista o tempo transcorrido entre a data de recebimento da denúncia no primeiro grau de jurisdição e o julgamento da causa. Extinção da punibilidade quanto aos crimes do artigo 288 do CP, e do art. 1º, V e VII, da Lei nº 9.613/1998, nos termos do artigo 109, II e III, c/c artigo 115, todos do CP. 2. Delito de corrupção passiva previsto no art. 317 do CP, com a causa de aumento do § 1º do mesmo dispositivo legal, configurado pelo recebimento direto e indireto de vantagens financeiras sem explicação causal razoável, pela inferência de liame entre o recebimento e o exercício do mandato parlamentar, e, ainda, a prática de atos funcionais concreta ou potencialmente benéficos ao responsável pelos pagamentos. Extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pena concretamente fixada, restando prejudicada a condenação quanto aos crimes do art. 317, § 1º, do CP, nos termos do artigo 109, III, c/c art. 115 e art. 119, todos do CP.” (AP nº 695/MT, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 12/12/16).

Agregue-se a essa circunstância as discussões jurídicas postas a respeito da ocorrência de **bis in idem** na dosimetria e do reconhecimento de concurso formal entre os crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, uma vez que que “foi corroborada pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, [que] os crimes de lavagem de dinheiro e corrupção, em tese, se perfizeram mediante uma única ação, qual seja, o suposto recebimento de valores indevidos (...)”.

Despretensioso de exprimir qualquer juízo de valor, até porque esta não é a sede adequada, registro, apenas, que este Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que,

“tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a possibilidade de o autor do crime antecedente ser responsabilizado também pela lavagem do dinheiro recebido a título de propina (autolavagem). A ressalva que se faz, de modo a evitar dupla incriminação pelo mesmo fato, é no sentido de que a caracterização da lavagem de dinheiro pressupõe a realização de atos tendentes a conferir a aparência de ativo lícito ao produto do crime antecedente, já consumado. Nesse sentido, o concurso entre os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro depende da realização de atos pelo agente corrompido que visem à inserção do produto do crime na economia formal.” (AP nº470-EI-sextos/MG, Tribunal Pleno, Relator p/ Acórdão o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 21/8/14)

Em suma, as teses jurídicas reportadas nos recursos excepcionais apresentados pela defesa, por conseguinte, imbricam-se intimamente ao **quantum** de pena e ao regime inicialmente estipulado na condenação do reclamante, sendo **mister** reconhecer que esses fatos podem fatalmente repercutir, de forma significativa, na sua atual situação prisional e, por óbvio, na sua liberdade de locomoção, sobretudo se levarmos em consideração o tempo de prisão cautelar (entre 3/8/15 e 2/5/17) a ser detraída da sua pena privativa de liberdade, **ex vi** do artigo 42, **caput**, do Código Penal¹.

Oportuno consignar que o cômputo do tempo de prisão provisória exerce influência não só quanto à imposição o regime inicial do cumprimento da reprimenda corporal, consoante dicção do art. 382, § 2º, do Código de Processo Penal, como também em relação à progressão de regime antes do trânsito em julgado da condenação, assim admitida pelo

1 *Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.*

Supremo Tribunal Federal nos termos da Súmula nº 716².

Em face dessa conjuntura, penso que a expedição de ordem de **habeas corpus** de ofício para, excepcionalmente, suspender a execução provisória da pena do reclamante, até que as questões apontadas venham a ser dirimidas pelo Superior Tribunal de Justiça, desvaneceria o risco potencial de cumprimento da reprimenda em circunstâncias mais gravosas.

Com efeito, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, os juízes e os tribunais têm competência para expedir, de ofício, ordem de **habeas corpus** quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Para **Guilherme de Souza Nucci**,

“é admissível que, tomando conhecimento da existência de uma coação à liberdade de ir e vir de alguém, o juiz ou o tribunal **determine** a expedição de ordem de habeas corpus' de ofício em favor do coato. Trata-se de providência harmoniosa com o princípio da indisponibilidade da liberdade, **sendo dever do magistrado** zelar pela sua manutenção.” (Código de Processo Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1322 - grifos nossos)

O Supremo Tribunal Federal não se distancia dessa premissa teórica, já que admite, em sede de reclamação constitucional, a implementação de ordem de **habeas corpus** de ofício no intuito de reparar situações de flagrante ilegalidade devidamente demonstradas.

Cito precedente:

“Reclamação. 2. Alegação de descumprimento da decisão proferida no HC 81769. 3. Pena. Dupla valoração. Internacionalidade do delito considerado no cálculo da pena base e como causa especial de aumento. 4. Correção levada a

2 Súmula 716. *Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.*

efeito pelo juiz sentenciante, que excluiu da fundamentação da pena base a internacionalidade, contudo, manteve o mesmo quantum. 5. Reclamação improcedente. 6. Concessão de habeas corpus de ofício para que se proceda à nova dosimetria da pena-base, ante a impossibilidade desta ser igual à inicialmente glosada.” (Rcl nº 2.636/RJ, Pleno, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 10/2/06)

No mesmo sentido, destaco: Rcl nº 21.649/SP-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria** DJe de 18/3/16; Rcl nº 1.047/AM-QO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sidney Sanches**, DJ de 18/2/2000; e Rcl nº 412/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Octavio Gallotti**, DJ de 26/2/93.

Em face de tudo quanto exposto, **julgo improcedente** a reclamação. **Concedo**, todavia, ordem de **habeas corpus** de ofício para, **excepcionalmente, suspender a execução provisória** da pena imposta ao reclamante, até que, nos moldes da compreensão que firmei no HC nº 152.752/PR, o Superior Tribunal de Justiça decida seu recurso.

É como voto.