

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Esta ação:

- *Habeas corpus* com pedido liminar para sobrestar os efeitos da **guia de execução provisória de pena**, máxime diante da **manifestação favorável do Ministério Público Federal** quanto ao recurso especial interposto, no sentido de **reduzir a pena-base**, de modo que alteraria o **regime inicial semiaberto para o aberto**, podendo, inclusive, ver-se **substituída por pena privativa de liberdade por restritivas de direito**, saltando aos olhos a **flagrante ilegalidade** impregnada ao caso em apreço.

Luís Alexandre Rassi, Romero Ferraz Filho, João Paulo Cunha, Gabriel Carvalho Lima e Igor Lázaro Pires Neto, brasileiros, inscritos na OAB.DF 23.299, OAB.DF 40.299, OAB.DF 52.369, OAB.GO 37.885 e OAB.GO 26.096-E, respectivamente, todos com endereço profissional no SHIS, QI 23, Conjunto 07, Casa 12, Lago Sul, Brasília-DF, vêm a presença de Vossa Excelência, com o respeito e o acatamento devidos, com arrimo nos artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro impetrar

HABEAS CORPUS
COM PEDIDO LIMINAR

em favor de **Vicente de Paula Oliveira**, brasileiro, divorciado, filho de Amaro Correa de Oliveira e Maria da Penha Nazareth de Oliveira, nascido em 30 de agosto de 1952, natural de Juiz de Fora/MG, portador da RG nº 11.227.065 expedido pela SSP/MG, inscrito no CPF/MF sob o nº 136.755.086-68, residente e domiciliado na Rua Jorge Raimundo, nº 600,

bairro Santa Cândida, Juiz de Fora, Minas Gerais, em razão de **flagrante ilegalidade** convalidada por meio da relatoria do *habeas corpus* nº 408932/MG em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, que **indeferiu o pedido liminar**, dando azo ao **constrangimento ilegal** que se encontra o Paciente, conseqüente de ter sido sua condenação confirmada em segundo grau – apelação criminal nº 10352-75.2012.4.01.3801 / TRF da 1ª Região – e **decretada a sua prisão para o cumprimento de pena, sem ocorrência do trânsito em julgado da sua sentença penal condenatória**, ante a determinação de **expedição de guia de execução provisória da pena pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, violando a regra constitucional da **presunção de inocência** e infraconstitucional que estabelece como marco inicial o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Embora entendimento firmado por esta Excelsa Corte Suprema, não se admita, **em princípio**, a impetração de *habeas corpus* contra decisão que denega pedido liminar em sede de *writ* impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, a teor da Súmula 691/STF, **este Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que em casos excepcionais, uma vez evidenciada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, como é o caso dos autos, é possível a mitigação do mencionado óbice**. Precedentes: STF, 2ª T, HC 103.362/PI, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06.03.12, DJe 23.11.12; HC 123235, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 03-12-2014 PUBLIC 04-12-2014; HC 108062 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 23-05-2012 PUBLIC 24-05-2012.

O caso em apreço é de **caráter excepcional e justificadora da imediata intervenção desta Suprema Corte**, razão pela qual reclama o **afastamento** do mencionado **óbice sumular** para a devida análise das razões que serão expostas.

O tema é de **relevância ímpar**, diga-se, de **pauta diária nos tribunais estaduais e regionais**, assim como nas **cortes superiores**, saltando aos olhos a repercussão geral que impõe análise e deliberação da Suprema Corte, máxime diante do indicativo de

restabelecimento do posicionamento – pacificado – anterior da vedação da execução antecipada da pena.

A **flagrante ilegalidade** que se encontra é tão gritante que se amolda perfeitamente ao exemplo dado pelo Ministro Gilmar Mendes, fazendo alusão ao Ministro Dias Toffoli, na ocasião do polêmico julgamento supracitado, o qual dizia: *“Muitas vezes o sujeito foi condenado em regime fechado e consegue, no STJ, o direito de ir para o semiaberto, ou coisas do tipo. Toffoli trouxe argumentação e estamos fazendo essa análise. Me balançaria a eventualmente, na oportunidade, colocar isso no Plenário”*.

Eis o caso dos autos, Excelência.

É que, inconformado com a confirmação da decisão primeva pelo egrégio Tribunal Regional Federal, o Paciente – então Recorrente – **interpôs recurso especial** arguindo a **violação** de dispositivo federal quando da **dosimetria da pena**, o qual foi encaminhado ao **Ministério Público Federal** que exarou **parecer** pelo parcial provimento no sentido de **reduzir a pena-base**, de modo que **alteraria o regime de cumprimento de pena**, passando do **semiaberto para o aberto**, com **possibilidade**, inclusive, de **substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito**, o que, *per si*, **inviabiliza a execução provisória**.

Os Impetrantes não desconhecem o precedente do Supremo Tribunal Federal, que no HC 126.292 permitiu a execução provisória da pena, diga-se, sem que houvesse o trânsito em julgado, assim como não desconhecem a **ausência** de seu **efeito vinculante**. Referido julgado, causou uma gangorra¹ na jurisprudência do país.

Não fosse isso, os **Tribunais Superiores**, de forma uníssona, têm **vetado** a execução provisória de penas privativa de liberdade cujo **regime inicial** tenha sido **aberto**, assim como das **penas restritivas de direito**. Nesse sentido: HC 385.245/SC, Rel.

¹ <http://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>

Ministra Laurita Vaz, Dje 02/02/2017; AREsp 998.641/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Dje 14/06/2017; REsp 1.597.120/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Dje 25/05/2016; Aresp 1013538/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Dje de 02/02/2017; HC 383293/SP Rel. Ministro JORGE MUSSI Dje 01/02/2017; TutPrv no REsp 1.577.465/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Dje 01/02/2017.

O fumus boni iuris salta aos olhos.

Em relação ao *periculum in mora*, de igual modo, se encontra presente, posto que o Paciente tem sua **liberdade ceifada** para execução provisória de pena, diga-se, na comarca de Juiz de Fora/MG, onde se há notícias², inclusive de **interdição de penitenciárias por superlotação**, tornando necessária a transferência de presos do regime semiaberto para prisão domiciliar, senão veja-se:

18/07/2017

G1 - Justiça decreta interdição de três unidades prisionais de Juiz de Fora - notícias em Zona da Mata

07/04/2017 17h40 - Atualizado em 07/04/2017 21h00

Justiça decreta interdição de três unidades prisionais de Juiz de Fora

Decisão foi tomada a pedido do MPMG, que alegou superlotação nos locais. Seap disse que ainda não foi notificada.

18/07/2017

G1 - Justiça decreta interdição de três unidades prisionais de Juiz de Fora - notícias em Zona da Mata

480 e 662 detentos, respectivamente. Todos os outros presos terão que ser transferidos para outros presídios do estado em até 390 dias.

Na Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires, há uma peculiaridade. No local, poderão haver 594 homens e 68 mulheres e, no caso das detentas que já estão no local, a Justiça determinou, em caráter emergencial, que elas saiam do regime semiaberto em exercício de trabalho externo e passem a cumprir suas penas em regime domiciliar.

² <http://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2017/04/justica-decreta-interdicao-de-tres-unidades-prisionais-de-juiz-de-fora.html> consultado em 17 de julho de 2017 às 16:30.

A **inviabilidade da execução provisória** da pena imposta ao Paciente é clarividente não apenas sob o prisma, *v.g.*, do princípio da legalidade, da presunção de inocência, mas também ante a ausência de condições carcerárias para a execução provisória vertente, de forma que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana. Por óbvio, nenhum estabelecimento prisional certificará do seu estado precário a possibilitar a juntada em ação mandamental.

Por diversas vezes, esta Corte Federal entendeu que em casos do jaez, o condenado poderá cumprir prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, tendo em vista que *“o sentenciado deve cumprir a pena em regime mais benéfico sempre que não houver vaga. Isso porque a superlotação não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais rigoroso”*.³

Em louvável voto, o Ministro Celso de Mello fez as seguintes afirmações: *“Sabemos que a prática estatal do sistema penitenciário brasileiro, a carência e a precariedade que afeta esse modelo e que compromete as finalidades da pena, negando aos sentenciados o exercício de direito fundamental de que são titulares os condenados de não sofrerem na execução da sentença condenatória tratamento cruel, incomum e degradante (...) O sistema penitenciário brasileiro representa a expressão mais visível, ultrajante, de crônico vilipêndio e de frontal e imoral desrespeito a direitos fundamentais, das pessoas sob a custódia do estado, crônico e permanente descumprimento dos deveres que são impostos ao poder público”*.

Com efeito, ainda que fosse – permitida, sob o prisma da legalidade – o caso de execução provisória da pena – o que não é –, e, por conseguinte, determinado o início do cumprimento da pena do sentenciado, esta **deveria ser em regime mais benéfico**, devido a ineficácia das penitenciárias daquela cidade, tendo inclusive sido motivo de ação

³ (RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais que determinou a interdição das mesmas. Esse é o cenário dos estabelecimentos prisionais nesse País.

O Paciente foi condenado à pena de prisão a ser cumprida em **regime semiaberto**, de modo que a expedição de mandado de prisão – **por autoridade que não detém de competência para atender a determinação do TRF-1 (Juízo Processante)** – para início de cumprimento no regime fechado, mesmo tendo como *ultima ratio* o regime semiaberto, soa ilegalidade flagrante sem dose de reparo. Está nas informações prestadas pelo Juízo de origem no *habeas corpus* que foi negado o pedido liminar. Viola-se, diuturnamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e, por consequência, a constituição federal e tratados internacionais.

O Estado Democrático de Direito não pode convalidar a tamanha atrocidade em desfavor do condenado, como se os fins justificassem o meio. Iniciar execução em regime mais gravoso que o da condenação. *Data maxima venia*, qual a segurança jurídica existente no ordenamento jurídico pátrio?

Não fossem todas as particularidades do caso do jaez, o **Paciente é (i) idoso (65 anos), (ii) com saúde debilitada (DOC. 01), (iii) conhecido na cidade de Juiz de Fora-MG por ter sido vereador em mais de um mandato (DOC. 01), (iv) conhecido, inclusive, pela atuação junto às Polícias e o Judiciário para combater a criminalidade, especialmente quando da implantação do Ceresp (Centro de Remanejamento do Sistema Prisional), onde se encontra encarcerado (não foi por crime com violência ou grave ameaça), o que o coloca em situação de risco pessoal iminente ao ser encaminhado para o mesmo estabelecimento prisional daqueles em que atuou, incisivamente, para o cumprimento da Justiça, (v) sempre residiu no mesmo endereço (inclusive onde foi cumprido o mandado de prisão), (vi) presta serviços numa clínica de recuperação de dependentes químicos há anos, enfim, detém situação impar a reclamar, ainda mais, a necessidade do deferimento liminar do pleito até o julgamento do presente *writ*.**

Ao cabo do exposto, ante a **flagrante ilegalidade**, a gravidade da medida e, considerando as reiteradas decisões (v.g.: HC 135.100 e HC 135.711) consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **requerem** a Vossa Excelência o **deferimento do pleito liminar**, antecipatório dos efeitos da tutela, para **sobrestar os efeitos da guia de execução provisória até o julgamento do writ**, assim como a **prisão que se encontra submetido, determinando, desde logo, alvará de soltura**, a fim de impedir o prosseguimento do cumprimento antecipado da pena, assim como a execução penal enquanto não se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Acompanham a inicial os autos integrais do *habeas corpus* nº 408932/MG em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, suficientes para instruir a impetração e corroborar todo o alegado, a reclamar a **concessão**, liminarmente, **do pedido**.

P. Deferimento.

Brasília, Distrito Federal, 14 de agosto de 2017.

Luís Alexandre Rassi
OAB.DF 23.299


Romero Ferraz Filho
OAB.DF 40.299

João Paulo Cunha
OAB.DF 52.369

Gabriel Carvalho Lima
OAB.GO 37.885

Igor Lázaro Pires Neto
OAB.GO 26.096-E

**EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
COLENDIA TURMA JULGADORA:
DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA:**

**I – DOS FATOS E FUNDAMENTOS SUFICIENTES AO DEFERIMENTO
DO PLEITO:**

O Paciente foi processado e condenado pela 3ª Vara Federal de da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG, nos autos de nº **10352-75.2012.4.01.3801**, a 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, por supostamente ter cometido a conduta delituosa capitulada no artigo 1º, inciso I da Lei 8.137/90 entre o período de 2003 e 2005. A dosimetria assim foi realizada:

“(…) Aplicação da pena:

As sanções previstas para o delito de sonegação fiscal, conforme dispõe o art. 1º, I, da Lei 8.137/90, consistem na pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Dosimetria da pena:

1ª fase:

No tocante às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, verifico que há elementos para aumentar a pena, não devendo esta ser fixada no mínimo legal.

*A **culpabilidade**, do agente, representada pelo grau de reprovabilidade de sua conduta, é bastante elevada. Por ser Chefe do Poder Legislativo Municipal, o réu tinha plena consciência da relevância de sua função e dele era exigível uma conduta honesta e exemplar, condizente com a importância do cargo que ocupava e com a confiança nele depositada pelos cidadãos que o elegeram e pelos vereadores que o escolheram presidente da Câmara Municipal.*

*Além disso, são desfavoráveis ao réu também as **circunstâncias do crime**, pois se utilizou de bem montado esquema criminoso, no qual ocorriam constantes as trocas de sócios a demonstrar a disposição do réu em inviabilizar qualquer investigação a respeito de suas atividades empresariais através da Koji Empreendimentos e Construções Ltda., esquivando-se assim da responsabilidade penal pela prática do ilícito. Ademais, valeu-se de funcionários (ex-secretária Juliana – portaria de nomeação às fls. 256 do apenso I – e ex-assessor José Mateus – portaria de nomeação às fls. 258 do apenso I) e de equipamentos da Câmara Municipal (02 computadores apreendidos) para atividades de sua empresa particular, realizando suas atividades ilícitas sob o manto de respeitabilidade daquela Casa Legislativa Municipal.*

2ª fase:

Não há circunstâncias agravantes e atenuantes.

3ª fase:

Registre-se ainda da presença da causa de aumento prevista no art. 12 da Lei nº 8.137/90, que dispõe:

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º 4º a 7º:

I – ocasionar grave dano à coletividade;

Conforme destacado na fundamentação acima, houve grave prejuízo aos cofres públicos decorrente da elevada sonegação fiscal perpetrada pela KOJI Empreendimentos e Construções Ltda., realizada através da falsa declaração de inatividade e da omissão de receitas à Receita Federal. Considerando apenas as notas fiscais emitidas em 2003 e 2004 e as diferenças apuradas em 2005, relativas a atividades não declaradas, consolidou-se um débito no valor de R\$154.149,04 (atualizado até junho de 2012), valor bem superior aos R\$10.000,00 (dez mil reais) estabelecidos na Lei 10.522/2002 como valor mínimo para ajuizamento de ações fiscais à época do ilícito.

Além disso, convém ressaltar que, segundo o relatório final da comissão especial de investigação do Município de Juiz de Fora, colacionado às fls. 12, a Koji Empreendimentos e Construções Ltda., empresa de propriedade do réu, que à época era Presidente da Câmara Municipal de Juiz de Fora/MG, venceu 18 procedimentos licitatórios apenas no primeiro semestre de 2005 e os contratos firmados com essa empresa totalizaram R\$3.785.429,91, valor bem superior ao declarado pelo réu à Receita Federal. O acusado recebeu valores expressivos dos cofres públicos, deixando deliberadamente de recolher os tributos devidos.

Evidente, portanto, a existência de grave prejuízo à coletividade que autoriza o aumento da pena em 2/5, ou seja, mais 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão. (...)"

Irresignado com o édito condenatório, interpôs o recurso de apelação que, ao ser julgado no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, restou assim ementado:

“PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. ARTIGO 1º, I, LEI N. 8.137/1990. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DEMONSTRAÇÃO. PENA DE MULTA. REDUÇÃO.

1. O contexto probatório demonstrou a supressão de tributos, em razão da omissão de rendimentos nos anos de 2003, 2004 e 2005, pela empresa administrada pelo réu.

2. *As provas dos autos demonstram que o réu era o proprietário de fato da empresa, administrando-a por meio de interpostas pessoas como expediente para se esquivar de responsabilidade pelos atos de sua gestão.*
3. *Redução do quantum da pena de multa.*
4. *Recurso parcialmente provido.*

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do TRF da 1ª Região, dar parcial provimento ao recurso, à unanimidade, nos termos do voto do Revisor.

Brasília/DF, 08 de novembro de 2016.

Opostos embargos de declaração pelo então Recorrente, assim restou decidido:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CPP, ART. 619. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I, LEI N. 8.137/1990. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. REJEIÇÃO DOS ACLARATÓRIOS.

1. *Os Embargos de Declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão embargado, obscuridade, contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal (CPP, art. 619), e, ainda, por construção pretoriana integrativa, na hipótese de erro material.*
2. *Na espécie, não há qualquer omissão no decisum embargado, até porque essa Turma, após exaustivamente analisar as teses suscitadas nas razões recursais, decidiu, expressamente, sobre as questões trazidas à baila.*
3. *Os presentes embargos têm finalidade meramente protelatória, objetivando, tão somente, a reforma do julgado, pretensão que não cabe na via recursal eleita.*
4. *Embargos de Declaração rejeitados.*

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma deste TRF da 1ª Região, à unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 28 de março de 2017.”

Não se conformando com o julgamento, o **Paciente interpôs recurso especial** visando o reconhecimento da aplicação indevida dos arts. 59 e 68 do Código Penal, art. 381, III, do Código de Processo Penal e art. 12, I, da lei nº 8.137/90, bem como o **redimensionamento da pena-base e o quantum atribuído na dosimetria**, máxime se tratar de **(i)** réu primário, que possui **(ii)** bons antecedentes, tem **(iii)** residência fixa há anos, **(iv)** família tradicional na comarca de Juiz de Fora-MG, **(v)** exerceu mais de um mandato de vereador na cidade, **(vi)** detém reputação ilibada, **(vii)** trabalho fixo no Centro de Recuperação de Juiz de Fora contra as drogas, circunstâncias que são suficientes para impedir que a sua pena seja fixada além do mínimo legal.

Encaminhado ao **Ministério Público Federal** para o oferecimento de **contrarrazões recursais**, se posicionou pelo parcial provimento nos seguintes termos:

*“(…)2. O presente recurso merece **provimento parcial**.*

*3. O juízo da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG considerou que havia duas circunstâncias judiciais que eram desfavoráveis ao recorrente, quais sejam, a **culpabilidade** e as **circunstâncias do crime**. **Nesses termos, acrescentou à pena-base em 1 (um) ano, ficando a pena-base definida em 3 (três) anos.***

*4. Em que pese a discricionariedade do magistrado, o acréscimo feito é desproporcional. Como apenas duas circunstâncias judiciais se mostraram prejudiciais ao recorrente, a pena-base deveria ser reduzida, devendo ser fixada em **2 (dois) anos e 8 (oito) meses.***

*Ante o exposto, o **Ministério Público Federal** pugna pelo **provimento parcial** do recurso especial. (...)”*

Importante chamar a atenção que, diante do parecer ministerial, **ao redimensionar a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses**, de forma que fique proporcional, **estar-se-ia reduzindo a pena-base em 04 (quatro) meses do que foi aplicada na sentença penal condenatório recorrida.**

Dessa forma, numa análise prospectiva, ainda que se mantenha o aumento aplicado de 2/5 – que, aos olhos da defesa técnica, não possui qualquer fundamentação idônea a sopesar além do aumento mínimo legal, estabelecido em 1/3 –, em razão do art. 12, I da lei 8.137/90, resultaria a **pena definitiva em 03 (três) anos, 08 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias**, ou seja, aumentaria em 12 (doze) meses e 24 (vinte e quatro) dias a pena-base.

Assim, o **regime inicial de cumprimento de pena seria o aberto**, sendo possível, inclusive, de **substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito**, de modo que a manutenção da execução provisória de sua pena – ainda em discussão – é de uma gravidade ímpar sem dose de reparo, máxime em razão da impossibilidade de execução provisória em casos do jaez, conforme já assinalado.

O Superior Tribunal de Justiça em recente decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 389.676-SC, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, da 5ª Turma, destacou – em suma – a **impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos**, decorrente da aplicação dos arts. 43 a 48, do Código Penal, tendo em vista a **ausência de declaração de inconstitucionalidade do art. 147, da Lei nº 7.210/1984** (Lei de Execução Penal). Confira:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, POR CARÊNCIA DE PROVAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 147 DA LEP. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Segundo a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, não há falar em execução provisória de pena restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo em vista que encontra-se em pleno vigor o art. 147 da LEP. Isso porque, se não houve declaração de

inconstitucionalidade nem interpretação conforme, por parte do Supremo ou sequer da Corte Especial deste STJ, não se pode recusar aplicação ao dispositivo, sob pena de afronta à Constituição, à própria lei em referência, bem assim à Súmula Vinculante n. 10.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar apenas a suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

O Voto do Relator enfatizou:

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A irrisignação não merece amparo.

Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obsta a execução da decisão penal condenatória. E, ainda, em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, confirmou-se esse entendimento.

No entanto, ao agravado foi imposta pena restritiva de direitos.

A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida." (HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006.)

"HABEAS CORPUS - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO

TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO DEFERIDO. - As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedentes." (HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/03/2013.)

Demais disso, encontra-se em pleno vigor, o disposto no art. 147 da Lei das Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11.07.1984), que reza:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifou-se).

Não há notícia de que o STF ou a Corte Especial do STJ, no âmbito de suas respectivas competências, tenham declarado a inconstitucionalidade de aludida norma. Nem mesmo no já referido HC 126.292/SP fez-se menção a tal possibilidade.

Por conseguinte, este órgão sumário não poderia recusar a aplicação do art. 147 da LEP sem ferir a CF ou desconsiderar a orientação da Súmula Vinculante n. 10, verbis:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Nesse sentido, além do julgado da Suprema Corte HC 89.435/PR, da relatoria do Ministro Celso de Melo, tem-se decisões da 5ª Turma do STJ:

(...)

(AgRg no REsp 1.618.434 / MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017)

(...)

(AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/02/2017.)

Não fosse isso, embora esta Suprema Corte tenha deliberado pela possibilidade da execução provisória da pena naquele caso específico – leia-se, **sem efeito vinculante** –, os Ministros que viabilizaram a sua possibilidade, têm decidido de forma reiterada que referida execução só seria permitida às penas privativa de liberdade, e **não às restritivas de direitos**, que são condicionadas ao trânsito em julgado por expressa disposição legal.

Ademais disso, com o passar do tempo, é possível notar que referido entendimento do Supremo Tribunal Federal que permitiu – repise-se, em caso específico – a execução provisória, **tratava-se de um ato decisório isolado**, diga-se, **sem efeito vinculante**, senão confirmam recentes decisões em sentido diverso:

*“(...) se, por um lado, o **princípio constitucional da presunção de inocência** não resta malferido diante da previsão, em nosso ordenamento jurídico, das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, **não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.***

*Como se vê, **a subtração antecipada desse direito fundamental somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas.***

Inexiste, insista-se, em nosso sistema legal, a prisão automática.

A custódia antes da condenação transitada em julgado, como se sabe, apenas é autorizada se demonstrada a sua real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação literal de tais condicionantes [...]

Destarte, defiro o pedido de medida liminar para suspender, integral e cautelarmente, a execução provisória das penas impostas ao ora paciente na EXECPR 1/PB (0000811-22.2016.4.05.0000), em trâmite no Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até final julgamento deste recurso de habeas corpus, vedada, em consequência, por ora, a efetivação da prisão em decorrência da condenação criminal que lhe foi imposta.

[...]

Brasília, 27 de julho de 2016.

Ministro Ricardo Lewandowski

Presidente”

(STF, Medida Cautelar no Habeas Corpus 135.752)

*“(…) 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 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 do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção.***

*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”. Construção provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de pena 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 patulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar 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 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 cláusula pétreia** – 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 27 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 – 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 medida acauteladora **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 (...).”

(STF, Medida Cautelar no Habeas Corpus 144.076)

*“(…) ‘O uso, como paradigmas, de **acórdãos prolatados em ações intersubjetivas, despossuídas de caráter erga omnes e de eficácia vinculante, não é válido na reclamação, quando delas não fez parte o reclamante.**’ (Rcl 9.545 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08.04.2010) 3. No caso concreto, **quanto à possibilidade da execução provisória de condenação criminal, o precedente invocado como violado trata-se de habeas corpus solucionado sob o prisma intersubjetivo, sendo que o reclamante não fez parte da relação processual.***

Portanto, não há autoridade do Tribunal a tutelar e, repito, a reclamação não figura como instrumento de uniformização de jurisprudência [...]”

(STF, Rcl 23535/MA, Relator o eminente Ministro EDSON FACHIN, Decisão publicada no DJE no 100, divulgado em 16/05/2016)

Desse modo, a determinação de expedição de guia de **execução provisória da pena**, assim como o cumprimento de mandado de prisão para viabilizar a referida execução, é de uma ilegalidade flagrante, posto que **viola**, dentre outras, as normas do artigo 5º, LVII da Constituição Federal⁴, artigo 147⁵ da Lei de Execução Penal, artigo 283⁶ do Código de Processo Penal, artigo 8.2.h⁷ da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 14.2⁸ e 14.5⁹ do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, razão pela qual se torna imperioso o deferimento do pleito para cessar o constrangimento ilegal a que o Paciente se encontra submetido, e sobrestar a execução provisória da pena até que se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando se terá de forma definitiva os limites da condenação.

⁴ Art. 5º. (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁵ Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

⁶ Art. 283. 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.

⁷ Art. 8.2.h. Direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

⁸ Art. 14.2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

⁹ Art. 14.5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

II – DA NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO AOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

Os requisitos para a concessão do provimento cautelar ora postulado estão sobejamente demonstrados.

O fumus boni iuris e o periculum in mora, diante de todo o exposto, restam clarividentes, tendo em vista que o Paciente ao ter sua condenação confirmada em segunda instância, **se encontra encarcerado**, submetido a execução provisória de sua pena que, diga-se, estabelece o **regime inicial no semiaberto** e possui manifestação favorável a redução da pena-base que possibilitar-se-á **mudança do regime semiaberto para o aberto**, inclusive com **substituição da pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos**.

Com efeito, a concessão do provimento cautelar pleiteado **não trará nenhum prejuízo** ao processo penal, tampouco a sociedade, ao contrário, **evitará a prorrogação de um dano irreparável**, leia-se, a privação da liberdade em execução provisória de pena, com a possibilidade de ser **readequada** – face a proporcionalidade – a **regime inicial aberto**, leia-se, **menos gravoso**, saltando aos olhos a necessidade do deferimento do pleito liminar como medida de justiça.

III – DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto é que os Impetrantes pedem a essa eminente Ministra Presidente que determine a distribuição e o encaminhamento da presente ordem ao eminente Relator designado para que, diante da **flagrante ilegalidade** a que se encontra o Paciente, **aprecie o pedido de concessão liminar** e **dispense informações** porque suficientemente instruído o feito, e, enfim, posto em mesa, seja um dos Impetrantes comunicado da data, para eventual **sustentação oral** (dados do telefone e *e-mail*

encontram-se na primeira folha da petição inicial), considerando o interesse social a ser resguardado, bem como o interesse da unidade familiar e, por fim, o interesse do próprio Paciente.

No mérito, **requerem** a **suspensão da execução provisória da pena a que se encontra submetido**, enquanto não se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferido nos autos da ação penal nº **10352-75.2012.4.01.3801** que tramitou na 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

Requerem, por fim, no julgamento final da presente Ação, a confirmação de eventual medida liminar concedida, conhecendo-se da Ação mandamental e julgando-se procedente algum dos pedidos nela contido.

P. Deferimento.

Brasília, Distrito Federal, 14 de agosto de 2017.

Luís Alexandre Rassi
OAB.DF 23.299


Romero Ferraz Filho
OAB.DF 40.299

João Paulo Cunha
OAB.DF 52.369

Gabriel Carvalho Lima
OAB.GO 37.885

Igor Lázaro Pires Neto
OAB.GO 26.096-E