

RECLAMAÇÃO 30.008 PARANÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECLTE.(S) : JOAO CLAUDIO DE CARVALHO GENU
ADV.(A/S) : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : NÃO INDICADO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Reclamação constitucional, com pedido de liminar, ajuizada por João Cláudio de Carvalho Genu contra ato do Tribunal Regional da 4ª Região, que teria negado aplicação ao entendimento da Corte no julgamento do HC nº 140.312/PR.

Prefacialmente, convém destacar que o reclamante traça, na peça vestibular, um breve esboço da situação fática relacionada à condenação que lhe fora imposta, no qual alega que

“foi o único Réu absolvido pelo STF na Ação Penal 470 (Mensalão) das acusações de lavagem de dinheiro envolvendo o Partido Progressista. Não foi por outra razão que o Ministro Celso de Mello irretocavelmente asseverou, naquele julgamento que ‘esta é uma situação singular. Diz respeito, unicamente, especificamente, exclusivamente, a este réu, o ora embargante Genu’. (doc. 8)”.

Discorre a respeito da função que desempenhava junto a deputado federal já falecido, na medida em que se tratava de “mero funcionário subalterno”, conforme reconhecido pelos Ministros deste Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da AP nº 470.

Defende que há singularidade no caso dos autos, de forma que existem grandes possibilidades de que os recursos interpostos no âmbito do TRF da 4ª Região sejam providos.

Dessa perspectiva, defende que não há fatos novos a serem investigados, porquanto já foram exaustivamente investigados pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da AP nº 470, em que foi absolvido, bem como houve prescrição da pena de corrupção passiva.

Ademais, o reclamante sustenta a tese de que

“tem grandes chances de ter a sua pena reduzida com a exclusão do agravante do artigo 327, § 2º, do Código Penal, o eminente Min. RICARDO LEWANDOWSKI foi mais além, ao citar o depoimento do próprio Dep. José Janene, isentando o ora Reclamante de qualquer participação em ilícito cometido, por ser ele mero funcionário que cumpria ordens”.

Conclui aduzindo que,

“[p]rtanto, a decisão do E. TRF da 4ª Região, que impõe a condenação por corrupção com o agravante será objeto de recurso próprio, já que está claro para as instâncias superiores que o Reclamante não tinha qualquer poder de comando ou voz ativa no contexto dos fatos que desencadeiam a acusação aos membros do Partido Progressista, tendo sido remunerado apenas pelos serviços prestados e recebido valores a título de salário. Ainda, pela alegada prática de corrupção, houve condenação do ora Reclamante, com aumento indevido da pena-base, o que muito provavelmente será reformado.”.

E, ainda, que

“também a teratologia jurídica de ser condenado pela ‘prática de crime de associação criminosa de um homem só’, já que todos os demais corréus de seu processo foram absolvidos, deverá ser reformulada nos recursos próprios, como restou assentado no acórdão do HC 140.312/PR, que se busca prestigiar nesta Reclamação”.

O reclamante narra que o acórdão reclamado manteve a condenação à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, determinando o início da execução da pena imposta em regime fechado tão logo esgotada a jurisdição naquele Tribunal Regional.

Defende que, ao assim proceder, a autoridade reclamada afronta a autoridade deste Supremo Tribunal Federal, porquanto determinado, no bojo do HC nº 140.312/PR que o reclamante “responda em liberdade o processo ao qual está sendo submetido”.

Nesse tocante, consigna que

“[c]ontra tal determinação, o MPF não apresentou qualquer recurso e o acórdão transitou em julgado em 07/02/2018”.

O reclamante relembra que teve sua prisão processual preventiva decretada pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, motivo porque impetrou o **habeas corpus** perante o TRF da 4ª Região, bem como perante o STJ, ambos denegados, ensejando, assim, a impetração do HC nº 140.312/PR perante esta Suprema Corte.

Assim, assevera, **in verbis**, que

“conhecendo do *Habeas Corpus*, pela primeira vez no âmbito da denominada ‘Operação Lava-jato’, a C. Segunda Turma CONCEDEU A ORDEM e consignou que ‘*o princípio da presunção da 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 presunção penal, não pode ser tratado como culpado, nem ser a esse equiparado*’ (fl. 2 do doc.3) e determinou de forma incontestes ‘*que a ordem há de ser deferida, para que o paciente responda em liberdade o processo ao qual está sendo submetido, sem prejuízo da imposição de medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP, na linha sugerida pelo Ministro Dias Toffoli*’.”.

Sustenta que,

“[n]a decisão desautorizada esse E. STF detidamente destacou a ‘*impossibilidade de se utilizar a prisão preventiva como instrumento de antecipação de pena*’. (fl. 7 do doc. 3) e o C. TRF da 4ª Região, **EM FLAGRANTE DESRESPEITO À AUTORIDADE DESTA DECISÃO DO E. STF**, decidiu que o Reclamante deve ser preso em regime fechado, após o esgotamento da instância, enquanto aguarda o julgamento de seus recursos perante os Tribunais Superiores.”.

João Cláudio de Carvalho Genu defende, ainda, que

“o caso (...) não se assemelha às demais pretensões (e determinações) de execuções provisórias de penas. Aqui há determinação prévia desse E. STF de que o ‘**paciente responda em liberdade o processo ao qual está sendo submetido**, sem prejuízo da imposição de medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, na linha sugerida pelo Ministro Dias Toffoli.’.

Dessa perspectiva, aduz que o Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba limitou-se à aplicação de duas medidas cautelares, a saber, “proibição de deixar o país” e “proibição de mudança de endereço sem autorização do Juízo”, medidas brandas que demonstraram o despropósito da decretação da prisão preventiva.

O reclamante argumenta, outrossim, que o ato reclamado cuida-se de “inquestionável **reformatio in pejus**”, porquanto violador da autoridade deste Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu, nos autos do HC nº 140312/PR, a possibilidade de que ele respondesse o processo em liberdade.

Assinala a decisão proferida pelo E. Ministro **Celso de Mello**, nos autos do HC nº 147.452/MG, no qual Sua Excelência consignou que

“[t]em-se entendido, nesta Suprema Corte, que, **em situações como a ora em exame**, em que o Ministério Público

sequer se insurgiu contra o pronunciamento do órgão judiciário ‘a quo’ **que garantiu** ao paciente **o direito de recorrer em liberdade, não pode** o Tribunal *de superior jurisdição* **suprimir** esse benefício, *em detrimento do condenado, sob pena* de ofensa à cláusula final **inscrita** no art. 617 do Código de Processo Penal”

Finalmente , o reclamante sintetiza que

“[o] que se busca é garantir nestes autos que não haja *reformatio in pejus* a Réu que teve ordem concedida para responder processo em liberdade, por esse E. STF, sem interposição de recurso pelo MP, e o tribunal regional inova e determina o início da execução provisória da pena após o julgamento de todos os recursos.

Indica a existência de precedentes favoráveis à tese esposada no bojo da presente reclamação, a saber: HC nº 144.717/RS, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, HC nº 152.974/SP, Relator o Ministro **Celso de Mello** e HC nº 153.431/SP, Relator o Ministro **Celso de Mello**.

Requer, liminarmente, que

“seja suspensa a ordem para o início da execução provisória da pena do Reclamante após o encerramento da segunda instância proferida pelo C. TRF da 4ª Região nos autos da Apelação Criminal nº 5022999-97.2016.4.04.70000 enquanto durar o julgamento de seus recursos, com a expedição de competente Alvará de Soltura, caso ele já se encontre preso”.

No mérito, postula que

“seja afastada definitivamente a ordem para o início da execução provisória da pena até o trânsito em julgado definitivo de todos os recursos interpostos perante os Tribunais Superiores para garantir-se a autoridade da decisão desta

excelsa Corte Suprema, garantindo-se ao Reclamante o direito de responder ao processo em liberdade, diante do desrespeito à autoridade de decisão dessa Suprema Corte que expressamente determinou no julgamento do histórico HC 140.312 que **'a ordem há de ser deferida, para que o paciente responda em liberdade o processo ao qual está sendo submetido'**."

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região prestou informações (eDoc. 35), traçando breve esboço dos autos, em que;

a) foi proferida sentença condenatória, em 2/2/16, na qual houve condenação do réu, ora reclamante, João Cláudio de Carvalho Genu pelos crimes de corrupção passiva e associação criminosa, em concurso material;

b) interpostos recursos de apelação criminal, tanto pelo ora reclamante, como por Rafael Angulo Lopez e, também, pelo Ministério Público Federal, foram todos parcialmente providos por decisão da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por votação não unânime;

c) opostos embargos de declaração apenas por João Cláudio de Carvalho Genu, foram rejeitados;

d) interpostos embargos infringentes, foram desprovidos pela 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e, por fim,

e) opostos aclaratórios, foram negados.

A autoridade reclamada informa, ainda, que

"[t]endo em conta a determinação para execução da pena 'assim que exaurida 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 expedido ofício (evento 127) à Primeira Instância, a fim de que se desse início à execução provisória das penas de JOÃO CLÁUDIO DE CARVALHO GENU".

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 140.312/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.**”

É o relatório.

Em revisão

RECLAMAÇÃO 30.008 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de reclamação ajuizada por João Cláudio de Carvalho Genu contra ato do Tribunal Regional da 4ª Região, que teria negado aplicação ao entendimento da Corte no julgamento do HC nº 140.312/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 140.312/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 140.312/PR, que o reclamante sustenta ter sido desrespeitado pela autoridade reclamada:

“Habeas corpus. Impetração manejada originariamente contra decisão indeferitória de liminar emanada do Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 691. Posterior julgamento de mérito do writ por aquela Corte de Justiça. Peculiaridades do caso que afastam, excepcionalmente, a prejudicialidade da ação e autorizam seu conhecimento, apesar do superveniente julgamento colegiado pela Corte Superior. Processual Penal. Prisão preventiva (art. 312, CPP). Pretendida revogação. Superveniência de sentença penal condenatória em que se mantém segregação cautelar com remissão a fundamentos do decreto originário. Prejudicialidade do writ. Não ocorrência. Precedentes. Construção assentada na garantia da ordem pública. Aventados risco de reiteração delitiva e gravidade concreta da infração. Insubsistência. Invocação de anterior condenação alcançada pela prescrição da pretensão punitiva. Inadmissibilidade. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Invocação de gravidade em abstrato das condutas. Inadmissibilidade. Precedentes. Impossibilidade de utilização da prisão preventiva como instrumento de antecipação de pena. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo de que o juízo de primeiro grau venha a fixar eventuais medidas cautelares dela diversas (art. 319, CPP).

1. Na esteira da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a superveniente alteração do quadro processual, resultante da prolação de outra decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, corresponde a novo ato, a ser desafiado por ação própria. Entretanto, as peculiaridades do caso concreto, expostas por ocasião dos debates realizados durante o julgamento, autorizam, excepcionalmente, o conhecimento da presente ação contra o julgado colegiado do STJ.

2. É do entendimento da Corte que o **habeas corpus** fica

prejudicado apenas se a sentença condenatória que mantém o condenado preso se vale de fundamentos diversos daqueles adotados pelo decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente (*v.g.* HC nº 122.939/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia** , DJe de 6/10/14).

3. A sentença condenatória, ainda que tenha agregado outros argumentos de natureza retórica, amparou-se essencialmente nos mesmos fundamentos do primitivo decreto de prisão preventiva *garantia da ordem pública, em face do risco de reiteração criminosa e da gravidade concreta da conduta* - para manter a custódia do paciente.

4. Embora o paciente tenha sido condenado na AP nº 470, foi extinta sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, tornando essa imputação um nada jurídico.

5. Logo, não se poderia fazer remissão àquela imputação para justificar sua prisão preventiva, a pretexto de maus antecedentes ou de risco de reiteração delitiva.

6. Os fatos que deram ensejo ao aventado risco de reiteração delitiva estavam longe de ser contemporâneos à manutenção do decreto prisional.

7. Em consequência, por ter sido decretada muito tempo após a última intercorrência ilícita noticiada, o título não deve subsistir por esse fundamento.

8. Como 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. Ordem de **habeas corpus** concedida para se revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo de que o juízo de primeiro grau venha a fixar eventuais medidas cautelares dela diversas (art. 319, CPP).” (grifos do autor)

Anoto que a Corte ao julgar o HC nº 140.312/PR, impetrado em favor do reclamante, concluiu pela concessão da ordem de **habeas corpus**, para revogar a prisão preventiva do reclamante, decretada nos autos da Ação Penal nº 5030424-78.2016.4.04.7000/PR 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, 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:**

“(…)

Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgado estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução do julgado.”
(anexo 35)

Conclui-se, portanto, que inexistente identidade fática 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 140.312/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)

Daí 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)

Portanto, a moldura fático-jurídica trazida à colação pelo reclamante não foi objeto de discussão no HC nº 140.312/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 discricionariedade 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 arbitrarias, 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 suposta majoração indevida da pena do reclamante por fatos relacionados à AP nº 470/MG (caso do mensalão), em que sua punibilidade foi declarada extinta, por conta da consumação da prescrição da pretensão punitiva.

Frise-se, aliás, que, por ocasião dos debates na sessão de julgamento do HC nº 140.312/PR, paradigma para esta reclamação, já havia chamado à atenção para este fato jurídico. Disse eu naquela assentada:

“Um dos fundamentos que me fariam acompanhar o Relator seria o fato de ele já ter sido condenado no ‘*mensalão*’, mas ter ocorrido a prescrição da pretensão executória. Não foi. Não houve o trânsito em julgado condenatório contra esse paciente. A decretação [...] da extinção da punibilidade foi em razão da prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto, o que se transforma num nada jurídico. [...] [A]qui houve a extinção da pretensão punitiva. [...] Ele foi condenado, foi estabelecida a pena concreta, e extinta a punibilidade. O que transitou foi a favor dele. Aquilo não serve para argumento, a não ser em regimes de exceção.”

Agregue-se a essa circunstância as discussões jurídicas postas a respeito da ocorrência de **bis in idem** na dosimetria e da possibilidade de exclusão da agravante do art. 327, § 2º, do Código Penal, entre outras.

Essas teses jurídicas reportadas, 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 20/5/16 e

25/4/17) 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 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)

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.*

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.*

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 precedentes:

“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 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.