MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 10.577 – FAVS

***HABEAS CORPUS* Nº 434.766 – SP**	**(2018/0018756-1)**
RELATOR	**: MINISTRO FÉLIX FISCHER**
IMPETRANTE	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTROS
ADVOGADO	: LUÍS CARLOS SIGMARINGA E OUTROS
ADVOGADO	: PEDRO CORREA PERTENCE E OUTROS
ADVOGADO	: CLÁUDIO DEMCZUK DE ALENCAR E OUTROS
ADVOGADO	: AFONSO HENRIQUE ARANTES DE PAULA E OUTROS
ADVOGADO	: GABRIEL RAMALHO LACOMBE E OUTROS
ADVOGADO	: WAGNER ROSSI RODRIGUES E OUTROS
ADVOGADO	: EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTROS
ADVOGADO	: JOSÉ GERARDO GROSSI E OUTROS
ADVOGADO	: JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE E OUTROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE	: LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

PROCESSO ELETRÔNICO
(Vinculado ao *HC* nº 330.650/PR)
(Prioridade – Estatuto do Idoso; fl. 1573)

***HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO. CRIME DE CORRUPÇÃO. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. OPERAÇÃO LAVA-JATO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO PACIENTE. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.**

– Execução provisória da pena; HC nº 126.292; Tribunal Pleno do STF que indeferiu liminar na ADC nº 43 e na ADC nº 44; possibilidade de execução antecipada da pena. Posicionamento da PGR no *HC* nº 152.752/PR no STF, em relação ao mesmo caso.

– Parecer pela denegação da ordem.

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

I -

1. Trata-se de *Habeas Corpus* preventivo, impetrado em **30-01-2018**, em benefício do paciente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, ex-Presidente da República, apontando como autoridade coatora a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, em **24-01-2018**, **deu parcial provimento** à apelação do MPF para aumentar as penas do paciente para **12 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 280 dias-multa**, pela prática dos crimes previstos nos art. 317, do CP (corrupção passiva) e art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), na forma do art. 69, do CP; negou provimento às apelações dos réus AGENOR FRANKLIN MAGALHÃES MEDEIROS (Agenor Medeiros – Diretor da OAS) e JOSÉ ADELMÁRIO (Léo Pinheiro – Presidente da OAS), e, de ofício, concedeu ordem de *habeas corpus* para reduzir as penas aplicadas ao réu AGENOR FRANKLIN MAGALHÃES MEDEIROS; **determinou o início da execução provisória da pena após o esgotamento do duplo grau de jurisdição (**Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR; fls. 966-7).

2. Em **12-07-2017**, o Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR (fls. 226-472) **condenou o réu/paciente** às penas de **9 anos e 5 meses de reclusão**, em regime fechado, e ao pagamento de 185 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos art. 317, do CP (corrupção passiva) e art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), na forma do art. 69 do CP; e os réus: a) AGENOR FRANKLIN MAGALHÃES MEDEIROS (Agenor Medeiros – Diretor da OAS), como incurso no art. 333, do CP (corrupção ativa) e JOSÉ ADELMÁRIO PINHEIRO FILHO(Léo Pinheiro – Presidente da OAS), como incurso nos arts. 333, do CP (corrupção ativa) e art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro).

II – Breve Relatório

3. Em **24-01-2018**, a 8ª TRF/4ª Região **deu parcial provimento** à apelação do MPF para aumentar as penas do paciente para **12 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 280 dias-multa**, pela

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

prática dos crimes previstos nos art. 317, do CP (corrupção passiva) e art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), na forma do art. 69, do CP(Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR; fls. 966-7).

4 Em **30-01-2018**, a defesa impetrou este *habeas corpus,* no qual alega, em síntese, o seguinte: **a)** a execução da pena antes do trânsito em julgado do acórdão penal condenatório causa constrangimento ilegal ao paciente; **b)** inaplicabilidade dos precedentes firmados pelo STF no *HC* nº 126.292/SP, nas cautelares da ADC 43 e 44 e no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, ao presente caso; a execução provisória da pena é uma possibilidade, e não uma obrigação, devendo sua aplicação ser avaliada no caso concreto; **c)** os elementos concretos da causa evidenciariam a desnecessidade do cumprimento antecipado da pena; *"(...) o Paciente sempre adotou postura integralmente colaborativa com a apuração criminal, comparecendo a todos os atos processuais necessários em todos os procedimentos criminais nos quais ostenta a posição de investigado/acusado"* (fl. 4); **d)** o acórdão condenatório não tem fundamentação idônea sobre a necessidade de recolhimento do paciente à prisão, fazendo mera citação da súmula nº 122 do TRF4; *"a execução provisória da pena não se presume, tampouco possui caráter automático. Subsiste, como é de se esperar de qualquer medida restritiva da liberdade decretada em caráter provisório, o dever de fundamentação da decisão judicial" (fl. 22);* **e)** ao final, a defesa requer a concessão da ordem para *"**obstar a execução provisória da pena até que sobrevenha eventual decisão penal transitada em julgado***" (fl. 58).

5. Em **30-01-2018**, o Vice-Presidente do STJ, no exercício da Presidência, **indeferiu o pedido de liminar** e determinou a solicitação de informações ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 1869-79).

6. Em **30-01-2018**, os impetrantes comunicam a juntada, em secretaria, de mídia contendo a íntegra do julgamento da apelação criminal(fl. 1882).

7. Em **09-02-2018**, o Relator da 8ª Turma do TRF/4ª Região prestou informações (fls. 1892-8)

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

II – AUTUAÇÃO

8. Este *HC* nº 434.766/PR deverá ter **prioridade na tramitação**, pois se trata de paciente com **idade superior a 60 anos de idade** (art. 71, da Lei nº 10.741/03; fl. 36).

III -

9. O parecer é pela **denegação** da ordem.

10. Quanto ao alegado constrangimento ilegal ao paciente no caso de **cumprimento ao trecho do acórdão que determinou a execução provisória da pena quando esgotada a jurisdição do TRF da 4ª Região, não merece acolhida**.

11. Em **17-02-2016**, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que **a execução provisória da pena não fere o princípio constitucional da presunção de inocência** quando a sentença condenatória for confirmada pelo Tribunal e estiverem pendentes de julgamento o recurso especial ou o recurso extraordinário (HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17-02-2016).

12. Em **05-10-2016**, o Pleno do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, por maioria de votos, **indeferiu liminar** na **ADC nº 43**, ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), e na **ADC nº 44**, ajuizada pela OAB do Brasil, as quais têm por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP[1], diante a possibilidade de execução provisória da pena, a partir da decisão proferida pelo STF no *HC* nº 126.292, na qual o Tribunal Pleno do STF passou a considerar válido o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação após decisão de órgão colegiado.

13. O Pleno do STF, **indeferiu a liminar na ADC nº 43 e na ADC nº 44**, e **confirmou** o entendimento firmado no *HC* nº 126.292.

[1] 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

14. Em **10-11-2016**, o STF julgou o Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, **com repercussão geral,** e consolidou o entendimento de que ***"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência"***; é a seguinte ementa:

> "CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.
> **1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.**
> 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria."
> (ARE 964246 RG, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

15. O Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do MPF, seguiu o entendimento do STF, a saber: REsp nº 1.484.413 e REsp nº 1.484.415, e determinou a expedição de mandado de prisão em face dos réus. Vejamos o posicionamento da 5ª e 6ª Turmas do STJ:

> "(...)
> **IV - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da**

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

> **Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).**
> V - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.
> **VI - Autorizada a execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância, o que ocorreu no caso concreto, não há que se falar em prisão preventiva e, de consequência, nos requisitos do art. 312 para sua decretação. (Precedentes).**
> Habeas Corpus não conhecido.
> (HC 390.664/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

> "(...)
> **1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, das ADCs n. 43 e 44 e, posteriormente, do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.**
> 2. No caso, o Tribunal de Justiça julgou o recurso de apelação por unanimidade, o que evidencia que não há mais possibilidade de interposição de recurso vocacionado à imersão no acervo fático-probatório, de maneira que, encerrada a análise de fatos e de provas pelas instâncias ordinárias, deve ser determinada a execução imediata da pena, porquanto ocorreu o exaurimento da instância ordinária.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 706.238/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017)

16. Quanto à alegação de que o **precedente do Plenário do STF, com repercussão geral, no ARE 964.246/SP, não se aplicar ao caso, não merece acolhida**.

17. No caso, cabe reiterar a manifestação da Procuradora-Geral da República, Parecer nº 176/LJ/2018-REFD, no STF, no *HC* 152.752/PR, relator

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

Ministro Fachin, impetrado contra ato do Relator deste *HC* nº 434.766/PR, que indeferiu o pedido de liminar:

> "(...)
> 19. Os impetrantes argumentam que o precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, no ARE 964.246/SP, não se aplica à ação penal em que o paciente LUIS INÁCIO LULA DA SILVA foi condenado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Alegam que o precedente não teria eficácia vinculante *erga omnes,* de modo que sua observância não seria obrigatória. Acrescentam que este precedente sofreu temperamentos em decisões posteriores de alguns Ministros do STF e que a revisão de entendimento seria clara. Cita o HC 136.720/PB, cujo julgamento inconcluso teve início em 08/08/2017 na Segunda Turma, e no qual a maioria negou a execução provisória da pena antes do respectivo trânsito em julgado da decisão.
> 20. Estas alegações trazem implicações que reclamam o exame da extensão dos efeitos vinculantes da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 964.246/SP. É preciso verificar se tem eficácia vinculante *erga omnes* ou *inter partes*.
> 21. Até recentemente, para responder a esta questão – cujo deslinde atinge todas as demais suscitadas no pedido de *habeas corpus* –, a doutrina costumava apontar duas diferenças entre as decisões da Suprema Corte: no controle concentrado e no controle difuso de constitucionalidade. A primeira diferença provinha da própria natureza das decisões. Enquanto no controle concentrado o STF resolve questões jurídicas desvinculadas de um caso concreto (*a priori),* de forma objetiva e geral, como o pedido principal de uma ação originária (*principaliter tantum*); no controle difuso, resolve questões suscitadas em recursos extraordinários (*a posteriori)* considerando as peculiaridades do caso concreto, os interesses subjetivos das partes, de forma incidental (*incidenter tantum*). A segunda diferença decorria da extensão dos efeitos vinculantes. Enquanto no controle concentrado a decisão judicial tem eficácia vinculante geral, no controle difuso tem eficácia vinculante *inter partes.* Neste último caso, haveria extensão a terceiros se a lei declarada inconstitucional tivesse sua eficácia suspensa por Resolução do Senado Federal, nos termos do artigo 52-X da Constituição.
> 22. Todavia, esta abordagem tradicional tem sido progressivamente alterada. A jurisprudência do STF

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

aproximou a natureza e a extensão da eficácia vinculante de suas decisões nas duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirma, a propósito, que há uma tendência de *"dessubjetivação das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes"*.

23. Ou seja, as decisões do STF no julgamento de recursos extraordinários ou no controle difuso de constitucionalidade, sempre que oriundas do Plenário, têm caráter objetivo, desprendido do caso concreto e de suas especificidades. O controle difuso de constitucionalidade, nesse passo, quando feito pelo Pleno da Suprema Corte, perde a marca tradicional do "controle concreto" (à luz das peculiaridades do caso concreto) para assumir a natureza de "controle abstrato", em que a questão jurídica é analisada em tese, ainda que de forma incidental.

24. O caráter objetivo dos acórdãos do Plenário no controle difuso de constitucionalidade torna-se mais nítido com a criação do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (*ex vi* do artigo 102-§3º da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004). É que, em razão deste requisito, apenas os recursos extraordinários que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, são conhecidos pela Suprema Corte, dando origem a precedentes que resolvem questões jurídicas em tese.

25. Nesta realidade jurídica, vigente desde a EC 45 de 2004, a distinção tradicional entre as decisões da Suprema Corte no controle concentrado e no controle difuso, que se baseava na natureza objetiva ou subjetiva de cada uma delas, deixou de existir.

26. Resta examinar se persiste a segunda diferença que havia entre essas duas decisões, relativa à extensão *erga omnes* ou *inter partes* da eficácia vinculante delas emanada.

27. A resposta é negativa, por mais de um motivo.

28. Primeiramente, a feição objetiva e definitiva das decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal que resolvem arguições de inconstitucionalidade no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral – que em nada diferem das decisões em controle concentrado –, já é suficiente para dar-lhe eficácia vinculante *erga omnes*. Nas palavras de Luís Guilherme Marinoni:

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

> *"... como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro* status. *Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneira diferente pelos tribunais e juízes inferiores.*
> *A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do* artigo *102, § 3.º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição. Quer dizer, em suma, que o instituto da repercussão geral, ao frisar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência e, por consequência, demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal para garantir a unidade do direito, deu nova ênfase à imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante".*

29. Acentue-se que são praticamente idênticos os requisitos para alçar uma questão ao Pleno do STF nos modelos concentrado e difuso, de modo que não há razão substancial para diferenciar os efeitos das decisões tomadas em cada um deles. A posição da Corte a respeito está claramente afirmada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes quando disse que *"a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental".*

30. Finalmente, consolidando a autoridade dos precedentes no Brasil – que aproxima a ordem jurídica brasileira (de *civil law,* de tradição romano germânica) à ordem jurídica do *common law –,* a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) estabeleceu recentemente o caráter vinculante *erga omnes* dos precedentes do Pleno do STF em recursos extraordinários com repercussão geral. É o que consta dos artigos 489, §1º-VI, 927-I a III e 988-§5º-II do Novo Código de Processo Civil (CPC). Assim, atualmente, a decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

pelo Pleno do STF sobre constitucionalidade de norma tem efeito *erga omnes* e deve ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país. O seu desrespeito por qualquer delas enseja o cabimento de reclamação constitucional.

31. Sob estas premissas, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 964.246/SP, com repercussão geral, tem eficácia vinculante *erga omnes* (geral), ao contrário da pretensão do paciente neste *habeas corpus*.

32. O fato de este precedente ter eficácia vinculante geral gera duas consequências que interessam à solução deste pedido de *habeas corpus.* A primeira é a de que obriga a todos os órgãos jurisdicionais do país, de modo que, segundo se extrai diretamente do artigo 489-§1º-VI do CPC, é nula qualquer decisão que, apreciando questão jurídica idêntica, *"deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".* A segunda, de certo modo contida na primeira, é a de que sua inobservância só é possível quando o caso em julgamento for distinto do precedente obrigatório (um caso de distinção, ou *distinguishing),* ou quando for o caso de revogação do precedente por alteração de condições e requisitos (um caso superação, ou *overruling).*

33. Por lealdade processual, é de se verificar se este *habeas corpus* expõe fatos diferentes dos que conduziram ao paradigma (quando seria caso distinção ou *distinguishing),* ou, se a situação enseja a revogação do precedente (quando seria caso de superação, ou *overruling).*

(…) 41. Não é caso, pois de *distinguishing.* A rigor, este mesmo argumento foi examinado pelo Plenário do STF quando julgou o ARE 964.246/SP. Este caso concreto, oriundo do TRF-4a Região, e o paradigma em nada se diferenciam quanto à possibilidade de execução provisória quando esgotada a jurisdição do Tribunal de apelação, sem demonstrar a necessidade da custódia. O argumento dos impetrantes não nega a essência do precedente, ao contrário. Por isso não se está diante de situação para deixar de aplicá-lo.

42. **O segundo argumento dos impetrantes também é improcedente. Alegam que os elementos da causa evidenciariam a desnecessidade do cumprimento antecipado da pena.** Como visto acima, o Plenário do STF autorizou o início do cumprimento da pena aplicada pelo Tribunal para garantir a autoridade das decisões judiciais. No ARE n. 964.246/SP, o STF determinou que o réu condenado por Tribunal seja preso independentemente de isso ser, ou

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

não, necessário para proteger no presente algum outro bem jurídico: como a segurança pública, a ordem econômica, ou a instrução processual. Estes são fundamentos para a prisão cautelar do acusado ou do investigado. No citado precedente, o Plenário do STF autorizou o início da execução da pena aplicada na ação penal, em razão da autoridade da decisão condenatória, após cumprido o duplo grau de jurisdição e observados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

43. Daí que a eventual circunstância de "os elementos da causa" evidenciarem – tal qual defendido pelos impetrantes – "a desnecessidade" do início da execução provisória da pena de prisão aplicada réu, ora paciente, é simplesmente irrelevante no presente caso: sendo necessária ou não, a execução provisória da pena determinada pelo acórdão definitivo do TRF-4ª (ou seja, quando houver o esgotamento da jurisdição do Tribunal) é legítima e absolutamente consentânea com a decisão do Plenário do STF no julgamento do ARE n. 964.246/SP.

44. **Também não merece ser acolhido o terceiro argumento dos impetrantes, no sentido de que são dotadas de plausibilidade jurídica as questões de direito que serão suscitadas em favor do paciente no recurso extraordinário** que será interposto perante o STF e que, por isso, deveria ser impedido o início de execução da pena, à conta de que a condenação será revertida.

45. Esta alegação exige, com a devida *venia,* um gigantesco esforço imaginativo, porque nem o recurso foi interposto, nem o argumento foi deduzido. Como rebatê-lo, se o recurso ainda não existe? De fato, como se sabe, ainda não foi interposto recurso extraordinário contra o acórdão condenatório proferido pela 8ª Turma do TRF-4 no dia 24/01/2018, o qual, aliás, ainda pode ser integrado ou substituído por nova decisão caso contra ele sejam opostos embargos declaratórios pela defesa do paciente ou pelo MPF, e estes sejam providos pelo Tribunal.

46. Ante o fato de que nenhum recurso extraordinário foi interposto contra o acórdão que condenou o paciente, por óbvio não há como antever as razões que nele serão utilizadas e, assim, aferir sua plausibilidade. Talvez por isso alguns dos fundamentos utilizados pelos impetrantes para demonstrar a plausibilidade de um futuro recurso extremo são expostos de modo telegráfico, sem clareza ou profundidade e com várias condicionantes. Não é este o modo como o direito opera nos tribunais. Com a devida *venia,* não faz sentido deixar de aplicar precedente vinculante do Plenário do STF e impedir a execução provisória da pena imputada ao paciente tendo em

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

conta o possível acolhimento, pelo STF, de um possível recurso interposto contra o acórdão do TRF-4ª Região (o qual, repita-se, não esgotou sua jurisdição, e ainda pode ser modificado em decorrência de eventuais embargos de declaração).

47. Não é, pois, caso de *distinguishing,* pelo que é possível aplicar o precedente do Plenário do STF no ARE 964246/SP ao caso concreto.

(…) *IV.C.2. PRESSUPOSTOS MATERIAIS PARA OVERRULING DO PRECEDENTE NO ARE 964.246.*

59. Os pressupostos materiais necessários para superação (*overruling)* do precedente vinculante instituído no ARE n. 964246/SP não estão presentes.

60. O precedente vinculante afirma que "*a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".*

61. O Plenário do STF aprovou este precedente vinculante há pouco mais de um ano, após profundo e maduro debate e deliberação. Por sua importância, tem sido acompanhado pela sociedade civil. A revogação deste importante precedente tão pouco tempo após sua instituição não favorece a garantia de um sistema jurídico estável e previsível: que são finalidades jurídicas próprias dos precedentes vinculantes.

62. Como já exposto, um sistema sério de precedentes vinculantes, comprometido com os valores da estabilidade, coerência e previsibilidade do direito, não pode permitir alteração ou revogação de modo indiscriminado ou precipitado, em função de fatores como mudança na composição do Tribunal ou insatisfação de setores da sociedade, pois pouco dizem sobre a justiça ou a adequação do precedente (ou, em outros termos, sobre a sua congruência social e consistência sistêmica).

63. Não há como sustentar que, pouco mais de um ano após a formação do precedente no ARE 964246, há razões contrárias a sua existência, seja quanto à congruência social, seja quanto à consistência sistêmica.

64. O fato é que a Constituição não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Apenas exige o duplo grau de jurisdição como garantia da presunção de inocência. Este é o princípio básico do referido precedente vinculante.

65. Exigir o trânsito em julgado após o terceiro ou quarto grau de jurisdição para, só então, autorizar a prisão do réu condenado, é medida inconstitucional, injusta e errada.

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

> Também favorece a impunidade e põe em descrédito a justiça brasileira, por perda de confiança da população em um sistema em que, por uma combinação de normas e fatores jurídicos, a lei deixa de valer para todos.
> (…) 69. Diante da ausência dos pressupostos materiais para a superação (*overruling),* o precedente vinculante formado no ARE 964246 deve ser mantido e aplicado ao caso concreto, com a consequente denegação deste pedido de *habeas corpus." (grifos nossos)*

18. Quanto à alegação de que o acórdão condenatório **não tem fundamentação idônea sobre a necessidade de recolhimento do paciente à prisão**, fazendo mera citação da Súmula nº 122 do TRF4, **não merece acolhida.**

19. A defesa impetrou este *habeas corpus* preventivo em **30-01-2018**, quando ainda **não havia acórdão publicado**, mas apenas o **extrato de ata da sessão de julgamento**.

20. Em **06-02-2018**, o TRF/4ª Região **publicou o acórdão** do julgamento realizado em **24.01.2018** (conforme consulta ao *síte* do TRF/4ª Região).

21. Embora não necessite de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada, pois **é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias**, no caso, **o acórdão condenatório** do paciente **fundamentou sobre a necessidade de recolhimento do paciente à prisão.**

22. Nas informações prestadas pelo TRF/4ª Região (fls. 1892-8), foram destacados os seguintes fundamentos do acórdão condenatório agora publicado:

> "(...)
>
> 7. DA EXECUÇÃO DAS PENAS
>
> O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, reviu posicionamento antes fixado no julgamento do HC nº 84.078, firmando orientação no sentido da possibilidade de execução das penas tão logo exaurido o duplo grau de jurisdição. O entendimento foi pela Suprema Corte no julgamento das Ações Declaratórias de

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

Constitucionalidade nº 43 e nº 44, pelo que ficou expresso que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias. A questão foi novamente examinada nos autos do ARE nº 964.246/STF, quando, "por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias".

Idêntica orientação vem da Súmula nº 122 deste Tribunal que diz: "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário". Desse modo, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo ou julgados estes, poderá ter início a execução da pena, inclusive no tocante às restritivas de direito (TRF4, Agravo de Execução Penal nº 5000985-25.2017.404.7117, 8ª Turma, Juiz Federal NIVALDO BRUNONI, por unanimidade, juntado em 28/04/2017), pelo que deverá ser oficiado ao juízo de primeiro grau para as providências que entender cabíveis.

Não se está aqui a tratar de prisão cautelar, cujos requisitos são próprios e não coincidentes com o atual estágio do processo, mas sim de execução de pena em razão de título judicial condenatório, sobre o qual não mais se estabelecerá efeito suspensivo diante da eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

Assim, a condenação em segundo grau, por si só, é fundamento idôneo para que se permita o cumprimento imediato da pena. Neste caso, diferente da prisão cautelar, tem-se por premissa que "a presunção de inocência não é absoluta e perde força no decorrer do processo, pelo menos após condenação, ainda que de primeira instância " (HC 114.688, LUIZ FUX, STF). Tal perda de força é mais intensa com a condenação em segundo grau.

A presunção de inocência ganha outros contornos no direito alienígena. Nos Estados Unidos, por exemplo, berço da presunção de inocência e do *due process of law*, regra geral, não há óbice à prisão após uma sentença condenatória, ainda que pendente de recursos. Igual exemplo se retira do Direito francês, onde a Corte de Cassação já decidiu pela

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

compatibilidade entre a restrição de liberdade e a presunção de inocência, mesmo após condenação ainda recorrível.

Em caso análogo ficou decidido que "o STF não fez distinção, a qualquer modo e tempo, sobre as penas privativas de liberdade daquelas restritivas de direitos, tratando do tema de cumprimento das penas em caráter geral, lato sensu. Nesse curso, há pleno cabimento a construção da Suprema corte inclusive para o art. 147 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11.7.1984), no que se refere ao comando sentencial que condena em penas restritivas de direitos". (TRF4, AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5035477-40.2016.404.7000, 7ª Turma, Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, por unanimidade, juntado aos autos em 30/11/2016).

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça uniformizou divergência entre suas Turmas a respeito da matéria. A Quinta Turma daquela Corte Superior vinha entendendo pela impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito baseando-se em julgados antigos do STF a firmando que "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" (v.g. HC 386.872/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/03/2017). A Sexta Turma, por sua vez, autorizava a execução provisória independentemente da espécie de pena, apontando que "muito embora o Supremo Tribunal Federal, em outra época, quando também admitia a execução provisória, ressalvasse o entendimento de que as penas restritivas de direitos só poderiam começar a ser cumpridas após o trânsito em julgado da condenação, a atual jurisprudência do pretório excelso não faz, ao menos expressamente, essa ressalva" (v.g. HC 380.104/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/02/2017), posição essa a que me alinho.

Entretanto, em julgamento publicado em 24/08/2017, a 3ª Seção decidiu, por maioria, pela impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Ocorre que, tal julgamento não tem efeito vinculante e vai de encontro a recentes julgados do STF no sentido de que a execução provisória das penas restritivas não viola o princípio da presunção de inocência. A exemplo:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I E II, DA LEI 8.137/90. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE.

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

> COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida - Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. 2. In casu, o recorrente foi condenado, em sede de apelação, à pena de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, bem como ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa pela prática do crime previsto no artigo 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regime ntal desprovido. (HC 141978 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017). GRIFEI

Não vejo porque adotar entendimento diverso daquele seguido por este Tribunal em todas as ações penais, o que levou, além do mais, à edição da já referida Súmula nº 122. Adotar, assim, outro entendimento neste caso específico, significaria emprestar ao presente processo seletividade incompatível com o exercício da jurisdição, já que o cumprimento da pena nada mais é do que o corolário do resultado do processo, aplicável aos condenados em primeiro e em segundo graus.

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791

> (…) Para não passar *in albis*, convém esclarecer que a determinação de cumprimento de pena após o julgamento em segunda instância, em nada se confunde com as prisões temporárias ou preventivas. Muito se fala a respeito dos excessos das prisões preventivas decretadas no âmbito da "Operação Lava-Jato", mas, no mais das vezes, sem qualquer demonstração efetiva de pertinência na afirmação.
> Feitas tais considerações, é medida salutar e de efetividade da jurisdição criminal que se inicie o cumprimento de penas, tão logo esgotada a jurisdição de segundo grau.
> Como se vê, afora a ligeira divergência de entendimento com relação aos julgados desse E. Superior Tribunal de Justiça no tocante à execução das penas restritivas de direito - o que é irrelevante para o caso de condenado a pena restritiva de liberdade de mais de 8 (oito) anos em regime inicial fechado -, a 8ª Turma deste Tribunal seguiu orientação parametrizada pela Corte Constitucional.
> **Há, pois, expressa fundamentação que, como se percebe, desborda da simples aplicação do precedente do STF ou da Súmula nº 122/TRF4**."

IV -

23. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela **denegação da ordem**.

Brasília, 22 de fevereiro de 2018.

FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO
Subprocurador-Geral da República

FAVS/DPO

Documento assinado via Token digitalmente por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO, em 23/02/2018 09:32. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave BF7F254A.38F6249A.A4CE4010.9D156791