

HABEAS CORPUS Nº 459.490 - PR (2018/0175301-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : ELCIONE SILVA ARRUDA
ADVOGADO : ELCIONE SILVA ARRUDA - MG148740
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (PRESO), contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fls. 519-523, e-STJ):

'''OPERAÇÃO LAVA-JATO'. PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA/PR. CONEXÃO. ESQUEMA CRIMINOSO NO ÂMBITO DA PETROBRAS. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO E DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. NÃO CONFIGURADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. ART. 400, § 1º DO CPP. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. GRAVAÇÃO DE INTERROGATÓRIO PELA PRÓPRIA DEFESA. HIGIDEZ DA GRAVAÇÃO REALIZADA PELA SERVENTIA DO JUÍZO. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS AOS COLABORADORES. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. FASE DO ART. 402 DO CPP. REINTERROGATÓRIO. ART. 616 DO CPP. FACULDADE DO JUÍZO RECURSAL. VIOLAÇÃO À AUTODEFESA E À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA. EXISTÊNCIA. PRELIMINARES AFASTADAS. MÉRITO. STANDARD PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DE CORRÉUS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ATO DE OFÍCIO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. AGENTE POLÍTICO. CAPACIDADE DE INDICAR OU MANTER SERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS DE ALTOS NÍVEIS NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO. LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO TRANSLATIVO. CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO. ACERVO PRESIDENCIAL. MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. OFENSAS AOS ADVOGADOS. EXCLUSÃO DE TERMOS DA SENTENÇA.

PEDIDO DESTITUÍDO DE RAZÕES E DESCONTEXTUALIZADO. DEVOLUÇÃO DA TOTALIDADE DE BENS APREENDIDOS. NÃO CONHECIMENTO DOS APELOS NOS PONTOS. DOSIMETRIA DA PENA. READEQUAÇÃO. BENEFÍCIOS DECORRENTES DA COLABORAÇÃO. REPARAÇÃO DO DANO. JUROS DE MORA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

1. A competência para o processamento e julgamento dos processos relacionados à 'Operação Lava-Jato' perante o Juízo de origem é da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, especializada para os crimes financeiros, de lavagem de dinheiro e conexos.

2. A competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR firmou-se em razão da inequívoca conexão dos fatos denunciados na presente ação penal com o grande esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A.

3. Inexistente no pólo passivo ou como investigados autoridades com foro privilegiado, não há falar em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Questões solvidas por aquela Corte no Inquérito nº 2.245 (Ação Penal nº 470), na Reclamação nº 17.623 e nas Ações Penais nºs 871 a 878.

4. O rol do art. 254 do CPP constitui numerus clausus, e não numerus apertus, sendo taxativas as hipóteses de suspeição. Precedentes desta Corte e do STF (Exceção de Suspeição Criminal nº 5052962-04.2016.404.0000, Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, por unanimidade, juntado aos autos em 16/12/2016).

5. Não gera impedimento do magistrado, tampouco implica em antecipação do juízo de mérito, a externalização das razões de decidir a respeito de diligências, prisões e recebimento da denúncia, comuns à atividade jurisdicional e exigidas pelo dever de fundamentar estampado na Constituição Federal.

6. A determinação de diligências na fase investigativa ou mesmo a condução coercitiva de investigados ou decretação de prisões cautelares fazem parte do cotidiano jurisdicional e não acarretam a quebra de imparcialidade do julgador ou a nulidade do feito.

7. A publicação de matérias jornalísticas a respeito do caso e da participação dos envolvidos é típica dos sistemas democráticos, não conduzindo à suspeição do juízo.

8. A participação em eventos, com ou sem a presença de políticos, não macula a isenção do magistrado, em especial porque possuem natureza meramente acadêmica, informativa ou cerimonial, sendo notório que em tais aparições não há pronunciamentos específicos a respeito dos processos em andamento.

9. Não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República, que promovem a ação penal. A construção de uma tese acusatória - procedente ou não -, ainda que possa gerar desconforto ao acusado, não contamina a atuação ministerial.

10. No sistema processual vigente o juiz é o destinatário da prova, podendo ele recusar a realização daquelas que se mostrarem irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme previsão do art. 400, §1º, do Código de Processo Penal.

11. O processo penal é regido pelo princípio *pas de nullité sans grief*, não sendo possível o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, sem a demonstração do efetivo prejuízo. Precedentes STJ e STF.

12. Não há ilegalidade na decisão acerca da prescindibilidade das provas requeridas, mormente se as pretensões defensivas foram todas e cada uma examinadas e, na porção indeferida, há fundamentação idônea.

13. Não há nulidade no indeferimento de gravação autônoma do interrogatório pessoal do réu, tendo em vista que a gravação realizada pela própria serventia do juízo mostra-se suficiente à garantia da ampla defesa e do contraditório. Inaplicável, no caso, regra expressa do Código de Processo Civil, tendo em vista que o Código de Processo Penal tem previsão própria.

14. O acordo de colaboração configura 'negócio jurídico personalíssimo', não podendo seu termos serem questionados por terceiros, ainda que réus delatados. As perguntas indeferidas pelo juízo não dizem respeito aos fatos do processo, não se verificando qualquer ilegalidade.

15. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de diligência na fase do art. 402 do CPP quando esta não resultou de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, bem como quando, diante das informações e elementos existentes nos autos, desde o princípio o requerimento formulado mostra-se evidentemente despiciendo. Tal momento processual não se destina à reabertura ampla da instrução, mas apenas a complementá-la com as diligências que se mostrem necessárias e relevantes no curso natural do processo.

16. No julgamento das apelações criminais, poderá o Colegiado proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências (CPP, art. 616). A adoção de tal expediente é mera faculdade do Tribunal competente para o julgamento do apelo interposto, devendo a produção das provas das alegações tanto da acusação quanto da defesa ficar adstrita ao âmbito da instrução criminal.

17. Oportunizado ao réu em seu interrogatório o direito de permanecer em silêncio e de se manifestar livremente durante e ao final do ato, direitos dos quais fez uso em diversas oportunidades

por orientação da defesa técnica, não se há de falar em violação à autodefesa ou mesmo de ato inquisitorial. Hipótese em que as perguntas formuladas pelo magistrado estão em conformidade com os fatos narrados e na linha da responsabilização criminal atribuída na denúncia.

18. A denúncia é bastante clara e indica todas as circunstâncias em que teriam sido cometidos os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro. Todos os temas que permeiam as condutas imputadas foram exaustivamente avaliados na sentença, que deve ser examinada no todo, e não apenas por um ou outro seguimento isoladamente, não havendo falar em alteração essencial em relação aos fatos ou em ausência de correlação entre denúncia e sentença.

19. Rejeitadas integralmente todas as preliminares invocadas pelas defesas.

20. 'A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o 'standard' anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.', consoante precedente do STF, na AP 521, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 05.02.2015.

21. As palavras do corrêu podem ser utilizadas se reveladas com espontaneidade e coerência, suportadas por outros indícios, bem como sujeitas ao contraditório. Tal exegese é extraída do disposto nos arts. 188 a 197 do CPP, destacando-se o direito a reperguntas às partes e a interpretação da confissão segundo os demais elementos de convicção porventura existentes. É dizer, são válidos os depoimentos prestados por colaboradores e por corrêus, sendo que seu valor probatório está a depender da sintonia com os demais elementos de convicção existentes nos autos.

22. Pratica o crime de corrupção passiva, capitulado no art. 317 do Código Penal, aquele que solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem.

23. Comete o crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do Código Penal, quem oferece ou promete vantagem indevida a agente público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

24. A prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elemento de tais tipos penais, mas somente causa de aumento de pena (CP, §1º do artigo 317 e parágrafo único do artigo 333).

25. O ato de ofício deve ser representado no sentido comum, como o representam os leigos, e não em sentido técnico-jurídico,

bastando, para os fins dos tipos penais dos artigos 317 e 333 do Código Penal, que o ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente (STF, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22/04/2013).

26. Não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde vinculação com as atividades formais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. No caso de agente político, esse poder de fato está na capacidade de indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender interesses escusos, notadamente os financeiros.

27. Hipótese em que a corrupção passiva perpetrada por um dos acusados difere do padrão dos processos já julgados relacionados à 'Operação Lava-Jato', não se exigindo a demonstração de sua participação ativa em cada um dos contratos.

28. Mantida a condenação por crime único de corrupção - ativa e passiva - em observância aos limites do apelo do Ministério Público Federal, que não tem alcance suficiente para desfazer a lógica da sentença.

29. A lavagem de ativos é delito autônomo em relação ao crime antecedente (não é meramente acessório a crimes anteriores), já que possui estrutura típica independente (preceito primário e secundário), pena específica, conteúdo de culpabilidade própria e não constitui uma forma de participação post-delictum ou mero exaurimento da corrupção.

30. O tipo penal da lavagem de dinheiro abarca o propósito de ocultar ou dissimular a localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores. A ausência de título translativo do imóvel é compatível com a prática do delito, revelando a intenção de ocultar ou dissimular a titularidade ou a origem do bem.

31. Preservada a condenação por crime único de lavagem de dinheiro. As práticas narradas (aquisição, reforma e decoração do imóvel), embora pareçam distintas, inserem-se no mesmo contexto de ocultação e dissimulação.

32. Apenas haverá interesse recursal na alteração do fundamento absolutório com o objetivo de salvaguardar os denunciados de eventuais repercussões na esfera cível, o que somente é possível nos casos de reconhecimento de inexistência do fato ou de negativa de autoria (art. 386, incisos I e IV).

33. Não conhecimento da pretensão defensiva no ponto, formulada independentemente de qualquer consideração acerca da utilidade prática de tal providência ou de eventual prejuízo decorrente da manutenção da decisão como proferida.

34. *O pedido de exclusão de termos da sentença foi lançado genericamente em apelação sem apresentação de fundamentos para o exame pelo juízo recursal e descontextualizado das circunstâncias examinadas na decisão. Matéria preclusa, que deveria, ao seu tempo, ter sido discutida em primeiro grau pela via dos embargos de declaração e que não possui aptidão para modificar o conteúdo condenatório e declaratório do título judicial. Não conhecimento da apelação no ponto.*

35. *O pedido de devolução de todos os bens apreendidos é questão estranha à apelação criminal, devendo ser formulado junto ao juízo de primeiro grau, a quem cabe avaliar a necessidade ou não dos materiais para outras investigações, sendo que, somente após, inaugura-se a competência do Tribunal para exame da matéria.*

36. *A legislação pátria adotou o critério trifásico para fixação da pena, a teor do disposto no art. 68, do Código Penal. A pena-base atrai o exame da culpabilidade do agente (decomposta no art. 59 do Código Penal nas circunstâncias do crime) e em critérios de prevenção. Não há, porém, fórmula matemática ou critérios objetivos para tanto, pois 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 (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012).*

37. *Regra geral, a culpabilidade é o vetor que deve guiar a dosimetria da pena. Readequadas as penas-base impostas.*

38. *Na segunda etapa da dosimetria das sanções, adequada a redução por aplicação de atenuante no patamar de 1/6.*

39. *Os benefícios previstos no artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, concedidos nestes autos, não podem se estender a outros feitos, alguns inclusive em diferentes jurisdições. A pretensão à benesse deve ser submetida a cada um dos processos, individualmente.*

40. *As concessões nos termos em que aplicadas em sentença extrapolam a previsão legal e devem ser afastadas, tendo em vista que as Leis nºs 9.613/98 e 9.807/99 (artigo 1º, § 5º e artigos 13 e 14, respectivamente) não contemplam a possibilidade de fixação de regime diferenciado ou de dispensa da reparação do dano como condição para progressão de regime.*

41. *Considerando a relevante contribuição de alguns dos acusados, nesta ação penal, para o esclarecimento da verdade, cabível a redução das penas a eles impostas no patamar de 2/3, com fundamento no artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98.*

42. *Ainda que a lei trate de valor mínimo, a recomposição dos prejuízos causados visa à adequada reparação dos danos sofridos pela vítima dos crimes, devendo, para tanto, ser composta não*

apenas de atualização monetária, mas, também, da incidência de juros, nos termos da legislação civil.

43. Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade em condicionar a progressão de regime à reparação do dano, nos termos do artigo 33, § 4º, do Código Penal.

44. Hígida a pretensão punitiva, tendo em vista que não decorridos os lapsos prescricionais entre os marcos interruptivos.

45. 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 julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas."

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, reconhecido o direito de apelar em liberdade (fls. 21-236, e-STJ).

O Tribunal de origem manteve a condenação do paciente, com aumento da pena anteriormente imposta para 12 anos e 1 mês de reclusão, determinando a execução provisória da pena após o esgotamento da jurisdição.

Nas razões do presente *writ*, o impetrante alega que:

"(...) ao contrário do que tem entendido o TRF4 através de norma inconstitucional, a execução de prisão antes do trânsito em julgado é preventiva, pois de acordo com o Artigo 5º, inciso LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, enquanto não houver o trânsito não pode haver execução definitiva de pena condenatória, neste sentido, qualquer prisão, mesmo adentrando na execução de pena, é precária, provisória e preventiva.

Precária porque não se alicerça em decisão definitiva, provisória porque pode ser alterada a qualquer momento por decisões de tribunais superiores e preventiva porque só se justificaria se houvesse pressupostos de riscos à sociedade, a terceiros, ao próprio réu ou à persecução penal (risco de qualquer natureza ao processo e sua eficácia), que persiste até o trânsito.

Neste diapasão, prisão precária, provisória e ou preventiva, de acordo com o Artigo 283 do Código de Processo Penal, só é possível mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente" (fl. 7, e-STJ).

Requer, liminarmente e no mérito, que seja reconhecido o direito do paciente em responder o processo em liberdade até o trânsito em julgado, com a consequente expedição de alvará de soltura.

É, no essencial, o relatório.

De início, cumpre notar que o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do HC 126.292, passou a adotar o entendimento de que não viola a presunção constitucional de não culpabilidade a execução provisória da pena quando pendente recurso sem efeito suspensivo, como são os recursos extraordinário e especial, nos quais não há mais possibilidade de discussão acerca da matéria de fato.

Tal entendimento foi ratificado pelo pleno da Corte no julgamento das ADCs 43 e 44, quando o Supremo decidiu que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição Federal o iniciar a execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Nesse sentido:

"(...) 4. Trânsito em julgado em relação às outras penas aplicadas. Execução provisória da pena. O Plenário, em recente julgamento do HC 126.292/SP, relatoria do Min. Teori Zavascki (Ata nº 2, DJe 19.2.2016), firmou entendimento no sentido de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso. Precedentes." (ARE 737.305 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/6/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-167, DIVULG, 9/8/2016 PUBLIC 10/8/2016.)

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. SUBSTABELECIMENTO. NOVA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS. NÃO CONHECIMENTO. PRECLUSÃO LÓGICA E UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

II - Segundo a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, a nova Defesa ingressa no feito e o recebe no estado em que se encontra, não sendo sua constituição fundamento suficiente para a reiteração dos atos processuais já praticados, diante da preclusão lógica.

III - Com relação ao pleito de aplicação do instituto da detração, prevista no art. 387, §2º, do Código Penal, inviável a análise da matéria. No julgamento da apelação pelo eg. Tribunal de origem, não houve manifestação acerca deste instituto, tampouco nos embargos aclaratórios, que foram rejeitados. Se o eg. Tribunal a quo sequer se manifestou acerca da questão ventilada no presente mandamus, fica impedida esta Corte de proceder à análise desta, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

IV - O eg. Tribunal a quo exarou entendimento em consonância com o posicionamento desta Corte, no sentido de que, após o trânsito em julgado, a aplicação do instituto da detração, previsto no art. 387, §2º, do CP, deverá ser pleiteado e analisado pelo Juízo das Execuções, não havendo ilegalidade a sanar.

V - Quanto à execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, sob relatoria do em. Ministro Teori Zavascki, entendeu ser possível a execução das condenações a partir dos pronunciamentos proferidos em 2ª instância, independentemente da interposição dos recursos de natureza extraordinária.

VI - Assim, considerando a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, a determinação para o início da execução da reprimenda imposta ao condenado passa a prescindir, até mesmo, de qualquer motivação pautada nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 420.120/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 28/6/2018.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 523/STF. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTADAS AS VIAS RECURSAIS EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O argumento de deficiência de defesa técnica, pugnando-se pela nulidade da ação penal, não foi levado à discussão ao

Tribunal local, não podendo, aqui, ser analisado, sob pena de indevida supressão de instância.

2. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu - Súmula n. 523/STF.

3. Não viola o princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação, ex vi do decidido pela Corte Suprema nos autos do HC n. 126.292/SP, mormente quando esgotadas as vias recursais em segundo grau.

4. Habeas corpus denegado." (HC 442.083/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 29/6/2018.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). VEDAÇÃO. VIDA PREGRESSA DO PACIENTE. HISTÓRICO DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL - CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. No julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário, assim como o

recurso especial, desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, pela Suprema Corte no exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 , em 5/10/2016. O Superior Tribunal de Justiça também adotou o aludido posicionamento a partir do julgamento, pela Sexta Turma, dos EDcl no REsp n. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ.

3. *A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Magistrado sentenciante destacou que o paciente tem histórico de tráfico de drogas na adolescência, o que demonstra que possui vida pregressa de dedicação à atividade criminosa. Dessa forma, verifico que não há ilegalidade na vedação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, haja vista que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a negativa da benesse, vedada em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa. Precedentes. Ademais, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.*

4. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.*

5. *Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderante, da natureza e quantidade da droga.*

No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

6. *O quantum de pena aplicada impede a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a*

ausência de preenchimento do requisito de ordem objetiva previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido." (HC 434.455/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 29/6/2018.)

Recentemente, apreciando novamente a questão por ocasião do julgamento do HC 152.752, o plenário do STF reafirmou o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena privativa de liberdade após o esgotamento das instâncias ordinárias, em acórdão que foi assim ementado:

"HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de

índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada." (HC 152.752, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 4/4/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26/6/2018 PUBLIC 27/6/2018.)

Não há que se falar, portanto, em constrangimento ilegal na execução provisória de pena restritiva de liberdade após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Ressalta-se, ainda, que o acórdão unânime da Oitava Turma do TRF da 4ª Região, que determinou a execução provisória da condenação imposta ao paciente, foi objeto de impugnação perante este Superior Tribunal por meio de *habeas corpus*.

Sobreveio acórdão também unânime da Quinta Turma do STJ, que denegou a ordem de *habeas corpus*, ratificando o entendimento quanto à possibilidade de se executar provisoriamente a pena imposta em condenação criminal depois de esgotadas as instâncias ordinárias. A questão foi, em seguida, submetida à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, decidiu manter o entendimento consagrado.

Desse modo, não há plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, pois a possibilidade de execução provisória da pena encontra amparo na jurisprudência das Cortes Superiores, o que, por si só, é suficiente para o indeferimento do pedido.

Por derradeiro, registro que em *habeas corpus* impetrado anteriormente (HC 434.338/PR), também subscrito por terceiro, o advogado Cristiano Zanin Martins, regularmente intimado, manifestou-se em nome de ex-Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, assinalando expresso desinteresse não só naquela, mas em qualquer outra representação excepcional:

"A despeito de reconhecer a boa intenção do Impetrante, o Paciente não autoriza qualquer forma de representação judicial ou extrajudicial em seu nome que não seja através de seus advogados

legalmente constituídos para representá-lo e defender os seus direitos e interesses."

Ante o exposto, indefiro liminarmente o presente *habeas corpus* nos termos do art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de julho de 2018.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Vice-Presidente, no exercício da Presidência