

16/05/2017 - SEGUNDA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 25.111 PARANÁ

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) :JOSÉ ARY NASSIF

ADV.(A/S) :ALESSANDRO SILVÉRIO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
PARANÁ

AGDO.(A/S) :CLÁUDIO MARQUES DA SILVA

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada por José Ary Nassif, contra ato do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do quanto decidido na ADI nº 1.127/DF.

Narrou a petição inicial que “[o] ora Reclamante foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 288, ‘caput’, do Código Penal, artigos 312, ‘caput’ c/c 327, § 2º, do Código Penal (por 382 vezes c/c artigos 29 e 69 do Código Penal), artigo 299, § único, do Código Penal (por 4 vezes c/c artigos 29 e 69 do Código Penal), e artigo 1º, incisos V e VII c/c § 2º e § 4º, todos da Lei nº 9.613/98 (por 6 vezes).

Após a instrução processual, a denúncia foi julgada parcialmente procedente e o Reclamante foi condenado nas sanções do artigo 312, ‘caput’ c/c 327, § 2º (fatos 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 15, 17, 18) c/c artigos 29 e 69, artigo 288, ‘caput’ (fato 1), todos os Código Penal, e artigo 1º, incisos V e VII c/c § 2º e § 4º da Lei nº 9.613/98 c/c artigo 29 do Código Penal (fatos 3, 6, 9, 14 e 16).

Como consequência da referida condenação, teve contra si .

Em revisão aplicada uma pena de 18 (dezoito) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Tanto o Ministério Público quanto o Reclamante interpuseram recurso de Apelação.

Ao julgar os referidos recursos, o Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento ao recurso do Reclamante e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público.

Em razão disso, a pena final do Reclamante quedou em 22 (vinte e dois) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Contra o referido acórdão tanto o Reclamante quanto o Ministério Público opuseram Embargos de Declaração.

Ao julgar ambos os Embargos de Declaração conjuntamente, o Tribunal de Justiça do Paraná rejeitou os aclaratórios do Reclamante. Com relação aos aclaratórios opostos pelo Ministério Público, por sua vez, foram providos.

De ofício, determinou aquele E. Tribunal, ainda, a expedição de mandado de prisão contra o Reclamante diante do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal que permite a execução provisória da pena em segundo grau. (...).

Contra o aludido acórdão, foram interpostos Recursos Especial e Extraordinário pelo Reclamante, os quais ainda não foram juntados pelo Tribunal de Justiça.

Pois bem. Após a prolação do acórdão em sede de Embargos de Declaração que determinou o imediato cumprimento de pena, a defesa do Reclamante requereu, em petição ao Desembargador Relator, que este pudesse ter liberdade provisória, recolhimento domiciliar conjugado ao uso de tornozeleira ou transferência para Sala de Estado Maior, visto que é Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Em sede de liminar o referido pleito foi deferido pelo d. Juiz Substituto em Segundo Grau que substituíra o Relator.

No entanto, quando os autos retornaram ao d. Relator, este indeferiu o pleito em questão sob o argumento de que, em se tratando de início de execução provisória da pena, não mais subsiste qualquer condição especial que conceda ao condenado a prerrogativa de cárcere privilegiado. (...)

Na sequência à referida decisão, o 1º Comando Regional de Polícia Militar enviou informação ao Desembargador Relator de que a remoção do Reclamante à Penitenciária seria prejudicial à sua segurança pessoal, visto se estar em expansão o Primeiro Comando da Capital (PCC), sendo que a prisão de presos de ‘colarinho branco’ naquele local cairia como um ‘troféu’ aos membros da referida facção.

O Desembargador Relator, então, atento à informação, determinou que o Reclamante ficasse custodiado no Complexo Médico Penal, e não mais na Penitenciária 16.

Pois bem. É contra a decisão constante no Anexo 15 que indeferiu o recolhimento provisório do Reclamante, apesar de Advogado, em Sala de Estado Maior, que se propõe a presente Reclamação”.

Sustentou o reclamante que “(...) a decisão reclamada constante no Anexo 15 descumpra o que foi decidido na ADI nº 1127.

Isto pois este Supremo Tribunal Federal, no julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgou constitucional o dispositivo que prevê que o Advogado fique preso em Sala de Estado Maior enquanto o processo penal em seu desfavor não transita em julgado (...)” (grifos do autor).

Ainda segundo o reclamante, “[a] Ordem dos Advogados do Brasil realizou vistoria nas instalações em que o Reclamante se encontra. Nessa oportunidade, exarou relatório concluindo claramente que este não se encontra preso em Sala de Estado Maior, mas sim em cela comum de estabelecimento prisional (...)

Contudo, o d. Desembargador prolator da decisão reclamada, como se vê, compreendeu que o novo posicionamento deste Supremo Tribunal Federal proferido no Habeas Corpus nº 126.292 de que cabe execução provisória da pena após o julgamento de segundo grau [] desautoriza a prisão em Sala de Estado Maior” (grifos do autor).

Defendeu o reclamante que, “[q]uando este Supremo Tribunal Federal já autorizava há alguns anos atrás a execução provisória da pena após julgamento de segundo grau mesmo assim já tinha entendimento uníssono de que, enquanto não há o trânsito em julgado (ainda que a execução provisória já tenha se iniciado), deve o Advogado permanecer em Sala de Estado Maior.

Usa-se especificamente como paradigma decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em 2009.

De modo a compreender a referida decisão, importante destacar o seguinte: Advogada estava cumprindo execução provisória da pena. O Juízo de primeiro grau indeferiu a sua prisão em Sala de Estado Maior por se tratar de execução provisória da pena, conforme trecho da decisão citado abaixo.

O Ministro Gilmar Mendes, observando o nítido constrangimento ilegal, determinou que fosse a Advogada recolhida em prisão domiciliar, diante da ausência de Sala de Estado Maior, já em sede de liminar. Note-se:

‘Na suma, uma vez iniciada a execução da pena, ainda que provisoriamente, não é possível que o Juízo das Execuções crie uma terceira espécie de execução penal, como a que pretende a sentenciada, em sala do Estado Maior’.

(...)

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar o mérito da ADI 1.127/DF, confirmou o que decidido em sede de liminar, na qual se entendeu pela manutenção das instalações e comodidades condignas da sala de Estado Maior, em que deve ser recolhido preso o advogado, antes da sentença transitada em julgado. A ementa deste julgado assim dispõe:

(...)

Vale ressaltar os inúmeros julgados desta Corte, nos quais se reconhece a prisão domiciliar ante a ausência de sala de Estado Maior, vejamos: RCL 5212, Min. Cármen Lúcia, DJ 30.5.2008, RCL 5161, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29.2.2008, RCL 4535, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.6.2007, e HC 81.632, red. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.3.2003, sendo que neste último a ementa assim dispõe: (...)

Ante o exposto e o pacificado entendimento desta Corte, defiro o pedido liminar para determinar a prisão domiciliar da advogada MÁRCIA REGINA LOPES DA SILVA CAVALCANTE.”

Ao ver do reclamante, “a única solução viável ao presente caso é a determinação de que (...) cumpra a execução provisória da sua pena em Sala de Estado Maior.

Parece claro, do mesmo modo, que a decisão constante no Anexo 15 viola frontalmente o que foi decidido na ADI nº 1.127 que considerou constitucional a prisão em Sala de Estado Maior enquanto não há o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ante o exposto, requereu a defesa “a concessão de medida liminar para que se [determinasse] a imediata remoção do Reclamante à Sala de Estado Maior (...)”.

No mérito, pleiteou a procedência da ação para que fosse garantido “o respeito e obediência ao resultado do julgamento da ADI nº 1127 deste Supremo Tribunal Federal e, do mesmo modo, se [garantisse] o cumprimento ao próprio Estatuto da Advocacia para que se [adotasse] as providências cabíveis no sentido de garantir ao Reclamante a execução provisória da sua pena em Sala de Estado Maior.”

Em 5/9/16, determinei a emenda da petição inicial, para que fosse indicado o valor da causa.

Atendida essa determinação, requisitei informações à autoridade reclamada, as quais foram devidamente prestadas.

Em 23/11/16, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal, neguei seguimento à reclamação.

Contra essa decisão a defesa interpõe, tempestivamente, o presente agravo regimental, no qual questiona os fundamentos da decisão agravada, bem como reitera as teses suscitadas na inicial da reclamação, aduzindo, ainda, a possibilidade, diante das peculiaridades do caso, de concessão de habeas corpus de ofício em favor do agravante.

Intimada, nos termos do art. 331, § 1º, da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), a agravada manifestou-se pelo não provimento do regimental.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não obstante os bem lançados argumentos da defesa, o recurso não deve prosperar.

Sustentou o agravante, na inicial da reclamação, que, em razão de sua condição de preso provisório, teria direito a permanecer custodiado em Sala de Estado Maior, nos termos do art. 7º, V, da Lei nº 8.906/94, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.127/DF.

Todavia, conforme consignei na decisão impugnada, está-se a executar, em desfavor do agravante, acórdão penal condenatório de segundo grau, 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.

Com efeito, ainda que não transitada em julgado a condenação do agravante, essa é a natureza jurídica da sua custódia, na medida em que o Tribunal de Justiça local, ao concluir o julgamento dos embargos de declaração, determinou a execução provisória da pena privativa de liberdade a ele imposta, na linha da jurisprudência desta Suprema Corte, consolidada 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” (HC nº 126.292/SP, Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16).

Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado no Supremo Tribunal Federal, que, em 5/10/16, acabou por indeferir as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, nas quais se pleiteava, sob a premissa da 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.

Mais recentemente, o Plenário virtual reafirmou, em sede de repercussão geral (Tema nº 925), a jurisprudência segundo a qual “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” (ARE nº 964.246/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki).

Diante dessas circunstâncias, reitero que a Corte não discutiu, na ADI nº 1.127/DF, se o direito de o advogado permanecer recolhido em sala de Estado Maior se estenderia ou não ao preso em razão de acórdão penal condenatório de segundo grau, não havendo, nesse contexto, aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da ação direta paradigma. Logo, há de se concluir pela impropriedade do uso desta ação constitucional.

Segundo a pacífica jurisprudência da Corte, “[a] ausência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma desta Corte conduz à inadmissão da Reclamação” (Rcl nº 19.724/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 7/4/15).

No mesmo sentido: Rcl nº 23.770/CE-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 3/3/17; Rcl nº 8.636/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 9/3/15; Rcl nº 15.260/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 16/3/15; Rcl nº 16.944/BA-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 11/3/15; Rcl nº 18.888/RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18/12/14; Rcl nº 6.204/SC-AgR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 28/06/10; e Rcl nº 3.014/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10.

Em verdade, a pretensão do agravante é a de se utilizar da reclamação “como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal” (Rcl nº 5.926/SC-AgR, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 13/11/09).

Ademais não se aplica à espécie o entendimento exarado pelo Ministro Gilmar Mendes ao apreciar a liminar na Rcl nº 8.668/SP, DJe de 5/8/09, citado pela defesa.

Com efeito, no precedente em questão, se discutiu a eficácia do quanto decidido na ADI nº 1.127/DF à luz de prisão provisória decretada em sentença condenatória recorrível, consoante se infere da própria exordial daquela reclamação, in verbis:

“Atualmente a [reclamante] se encontra presa nas dependências da Penitenciária Feminina em São Paulo, em cela separada das demais presas. A prisão é cautelar decorrente de sentença condenatória, em primeiro grau, sem o trânsito em julgado (...)” (grifos nossos).

Assim, ao contrário do que pretende fazer crer o agravante, o julgado em questão em nada se assemelha à hipótese dos autos, em que há prisão-pena decorrente de execução provisória de sua condenação, já referendada em segundo grau, sendo certo, por fim, que a circunstância retratada nos autos não encerra situação de constrangimento ilegal flagrante a impulsionar uma concessão de habeas corpus de ofício.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.