

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES –
RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.226.722 – 1ª TURMA –
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RE 1.226.722

Agravante: Diego Henrique Harenza

Agravado: Ministério Público Federal

DIEGO HENRIQUE HARENZA vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio do Defensor designado, nos autos do **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.226.722**, interpor **agravo interno** em face da r. decisão monocrática publicada em 26 de agosto de 2019, que proveu apelo extremo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**.

Requer seja recebido, conhecido e provido o recurso, rogando ainda, caso não exercido o juízo de retratação, seja o mesmo levado à Turma para que esta lhe dê provimento.

COLEDA TURMA

1. BREVE NARRAÇÃO DOS FATOS

O agravante foi condenado a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime aberto, pela suposta prática da conduta tipificada no artigo 334-A, §1º, V, do Código Penal, sendo a pena corporal convertida em **restritivas de direitos**.

O Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial defensivo para suspender a execução provisória das penas restritivas de direito, inicialmente em decisão monocrática, mantida, em seguida, em sede de agravo interno.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário, provido, em decisão singular do Eminentíssimo Ministro relator no Supremo Tribunal Federal.

Todavia, tal entendimento não deve prevalecer, como será demonstrado a seguir.

2. TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cumpre afirmar a tempestividade do recurso manejado.

A intimação ocorreu em 5 de setembro de 2019. Cabe lembrar estar a parte assistida pela Defensoria Pública, o que impõe a contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/1994.

Portanto, o prazo final para a interposição do recurso pertinente é o dia 16 de setembro de 2019, segunda-feira.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS

Da violação reflexa

O Ministério Público alegou, no recurso extraordinário, violação ao artigo 5º, *caput* e inciso LVII, da Constituição Federal. Esses dispositivos constitucionais não permitem o conhecimento do recurso extraordinário, pois a alegada violação, se ocorrente, seria meramente **reflexa**. Seria preciso a análise

da legislação infraconstitucional para se concluir sobre eventual violação da Constituição, o que não é admitido na via angusta do apelo nobre.

O recurso extraordinário não deve ser conhecido, pois a apreciação da matéria envolve a análise de legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, reproduz-se o entendimento do STF:

“EMENTA DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. **ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONTROVÉRSIA** DECIDIDA COM FUNDAMENTO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ART. 147 DA LEI DA EXECUÇÃO PENAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. **1. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta.** 2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 3. Agravo interno conhecido e não provido.” (RE 1086203 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018) grifo nosso

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CONSUMADO. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. APELAÇÃO MINISTERIAL PROVIDA PELO TRIBUNAL A QUO. **ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XXXVIII E LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (ARE 991950 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 16-12-2016 PUBLIC 19-12-2016) grifo nosso

Destaca-se a existência de legislação clara e específica exigindo o trânsito em julgado para que se inicie a execução das penas restritivas de direitos. Nos termos do artigo 147 da Lei de Execução Penal: “**Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos**, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifo nosso)

Assim, é incabível o recurso extraordinário, por depender a análise da alegada violação constitucional de verificação de afronta a dispositivos de legislação infraconstitucional.

Do mérito

Passando-se ao mérito, tem-se que a decisão monocrática deve ser reformada, pois não está fundamentada no princípio da não culpabilidade previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O texto da Carta Magna é expresso. Da leitura do dispositivo conclui-se que a execução provisória de pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado caracteriza violação do princípio do estado de inocência.

Sobre o tema, colaciona-se a seguinte decisão, *in verbis*:

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal em face de acórdão assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.619.087/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi (DJe 24/8/2017), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça concluiu pela impossibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação 2. Agravo regimental não provido” (pág. 56 do documento eletrônico 1). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alega-se, em suma, violação dos arts. 5º, caput, XXXVI, XLVI, XLVII, XLVIII, LIV, LVII; e 103-A, § 1º, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. O Superior Tribunal de Justiça, com base na interpretação da norma infraconstitucional aplicável ao caso (art. 147 da Lei de Execução Penal – LEP), rejeitou o pedido de execução provisória das penas restritivas de direito impostas ao ora recorrido. Colho do voto condutor do acórdão recorrido: “Entretanto, ao julgar os EREsp n. 1.619.087/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi (DJe 24/8/2017), a Terceira Seção desta Corte Superior concluiu pela impossibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. Na ocasião, destacou-se que: [...] o novel entendimento quanto à possibilidade de se executar a pena



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

provisoriamente, firmado em 17.2.2016, retomou o que era adotado antes de 5.2.2009, porquanto foi a partir do julgamento do HC n.º 84.078/MG (STF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j.5.2.2009, DJe-035, de 25.02.2010), que a Corte Suprema passou a entender que o princípio da presunção de inocência obstará a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, se inexistentes motivos cautelares a embasá-la. Àquela época, o STF se manifestou expressamente a respeito da impossibilidade da execução das reprimendas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado, por força da norma prevista no art. 147 da LEP, cujo teor é o que segue: Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (grifou-se) [...] Todavia, o mesmo não ocorreu atualmente, já que **o Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos.** No julgamento do HC n.º 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a prisão do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado. Assim, em vista da ausência de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de executar a reprimenda restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, somado ao texto expresso do art. 147 da Lei de Execução Penal, deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão ora embargado. **Portanto, uma vez que, no caso, houve a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente (ora agravado) por medidas restritivas de direitos, não se afigura possível a execução da reprimenda**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

antes do trânsito em julgado da condenação. [...]” (págs. 59-60 do documento eletrônico 1). Desse modo, para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame da norma infraconstitucional pertinente, sendo certo que eventual ofensa à Constituição Federal, se ocorrente, seria apenas indireta, o que inviabiliza o recurso extraordinário. Isso posto, nego seguimento ao recurso (RISTF, art. 21, § 1º). Publique-se. Brasília, 30 de agosto de 2018. Ministro Ricardo Lewandowski Relator (RE 1153991, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 30/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 03/09/2018 PUBLIC 04/09/2018) grifo nosso

Quanto ao ARE 964.246-RG, verifica-se ser tema diverso, pois o que se discutiu foi a possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade. Já o presente caso trata de pena restritiva de direitos, sendo a execução provisória é incompatível com esse tipo de pena.

Ademais, os julgados citados na decisão monocrática não devem ser invocados para fundamentar o deferimento do recurso extraordinário, uma vez que os julgamentos definitivos de mérito nas ADCs 43, 44 e 54 ainda estão pendentes, havendo possibilidade de reversão do entendimento firmado.

Aliás, há dois aspectos que precisam ser enfrentados pelo colegiado, ao apreciar o presente agravo:

1 – as ADCs mencionadas supra e o recurso extraordinário com agravo 964.264 trataram exclusivamente das penas privativas de liberdade. O voto condutor proferido pelo Ministro Teori Zavascki no ARE 964.264 menciona especificamente a execução da pena privativa de liberdade, conforme se extrai de trecho abaixo transcrito:

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:” (páginas 6 e 7). Grifo nosso

Por sua vez, as ADCs 43, 44 e 54 buscaram a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, não versando sobre o artigo 147 da Lei de Execução Penal.

2 – uma das preocupações sempre repetidas para se justificar a execução provisória da pena privativa de liberdade é acabar com a sensação de impunidade. Como se sabe, as penas restritivas são fixadas apenas em crimes com penas reduzidas, não praticados com violência ou ameaça, pelo que essa preocupação fica descartada.

Da segurança jurídica

Há nítida distinção entre os entendimentos que têm sido esposados pela Primeira e pela Segunda Turma do STF quanto ao tema agitado no apelo extremo.

Além do julgado acima reproduzido, da lavra do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, a Colenda Segunda da Corte interrompeu o julgamento do RE 1174999 que trata do mesmo tema.

Assim, até a pacificação do entendimento, corre-se o risco de decisões dissonantes, distintas, que dependerão da sorte do acusado na distribuição do processo.

Essa situação ofende de maneira frontal a segurança jurídica, ainda mais em se tratando de situação em que a matéria fática já está definida, sendo a discussão subjacente exclusivamente jurídica.

Assim, caso não se conclua pelo provimento do presente agravo, espera a defesa que, ao menos, o julgamento seja suspenso até que pacificado o entendimento da Corte.

4. CONCLUSÃO. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja exercido o juízo de retratação por Vossa Excelência, negando-se seguimento ou provimento ao recurso ministerial.

Caso superado o juízo de retratação, seja o agravo levado ao colegiado, em destaque e em julgamento presencial, para que este lhe dê provimento, e, ao final, mantenha o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Subsidiariamente, caso não se conclua pelo provimento do agravo, que seja o feito suspenso até a consolidação do tema pelo STF, evitando decisões em sentidos diversos de acordo com a distribuição.

Pugna, ainda, caso exercida a reconsideração, o que se espera que ocorra, pela intimação pessoal da Defensoria Pública-Geral da União para a sessão de julgamento.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 16 de setembro de 2019

Gustavo de Almeida Ribeiro
Defensor Público Federal