



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5008572-31.2012.4.04.7002/PR

RELATOR : SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
EMBARGANTE : FÁBIO BERNARDO DA SILVA
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : JUCEMAR SEBEN
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
INTERESSADO : ADÃO DE JESUS
ADVOGADO : JOMAH HUSSEIN ALI MOHD RABAH
INTERESSADO : CLAUDEMIR MESSIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : Márcio Alessandro Silvero Aquino
INTERESSADO : DARCI VALDIR WOMMER
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA MAIA VASQUES ALVES
INTERESSADO : EDSON BERNARDO DA SILVA
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
INTERESSADO : GELSON DE OLIVEIRA OBREGÃO
: JOAO BATISTA ALMEIDA DE SOUZA
INTERESSADO : MARIO AUGUSTO MIRANDA MICHELATO
ADVOGADO : NALU ALVES SILVEIRA GONÇALVES
INTERESSADO : NELSON PEREIRA
ADVOGADO : JAIRO MOURA
INTERESSADO : RAFAEL LUIZ SEMCHECHEN
ADVOGADO : ARILDO ANTONIO DE CAMPOS
INTERESSADO : VILSON PEREIRA
ADVOGADO : JAIRO MOURA

EMENTA

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO TEMPORAL PARA SEU RECONHECIMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE. POSSIBILIDADE, QUANDO COMPLETADO O JULGAMENTO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, AINDA QUE SEJA CABÍVEL OU MESMO QUE OCORRA A INTERPOSIÇÃO DE EVENTUAL RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO.

1. Consoante a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, transcorridos mais de trinta dias entre crimes da





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

mesma espécie, praticados pelo mesmo agente, não se caracteriza a circunstância temporal necessária ao reconhecimento da continuidade delitiva.

2. No julgamento do HC nº 126.292, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, alterando o entendimento antes fixado no julgamento do HC n. 84.078, firmou a orientação no sentido de que, exaurido o duplo grau de jurisdição, a execução da pena pode iniciar-se, independentemente do cabimento ou mesmo da interposição de eventual recurso especial ou extraordinário.

3. À luz dessa nova orientação, verifica-se que a execução da pena pode iniciar-se: a) quando se completar o julgamento da apelação criminal, exceto no que tange à parcela do julgado que puder dar ensejo à interposição de embargos infringentes e de nulidade; b) quando transcorrer *in albis* o prazo para a interposição de embargos infringentes e de nulidade, no que tange à parcela do julgado que poderia dar ensejo à sua interposição; c) quando se completar o julgamento dos embargos infringentes e de nulidade eventualmente interpostos, na porção que, impugnável por meio deles, constituir seu objeto.

4. Ressalta-se que: a) o julgamento da apelação criminal completa-se com o julgamento dos eventuais embargos de declaração interpostos do acórdão que a tiver julgado; b) o julgamento dos embargos infringentes e de nulidade completa-se com o julgamento dos eventuais embargos de declaração interpostos do acórdão que os tiver julgado; c) a eventual interposição abusiva de embargos de declaração, uma vez reconhecida, não constituirá óbice ao imediato início da execução da pena, quando cabível.

5. No que tange à medida a ser manejada, ela consistirá no encaminhamento de comunicado ao juízo de origem, dando-lhe ciência do preenchimento das condições necessárias ao início da execução da pena, e determinando-lhe que a deflagre. Além disso, quando necessário, caberá à Secretaria do Tribunal promover a remessa, à Vara de origem, das peças necessárias à formação ou à complementação do processo de execução penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos infringentes e de nulidade, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 10 de março de 2016.

[MEH©/MCR]

7866545.V015_2/3

5008572-31.2012.404.7002





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO



Documento eletrônico assinado por **Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7866545v15** e, se solicitado, do código CRC **7D21A649**.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5008572-31.2012.4.04.7002/PR

RELATOR : SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
EMBARGANTE : FÁBIO BERNARDO DA SILVA
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : JUCEMAR SEBEN
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
INTERESSADO : ADÃO DE JESUS
ADVOGADO : JOMAH HUSSEIN ALI MOHD RABAH
INTERESSADO : CLAUDEMIR MESSIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : Márcio Alessandro Silvero Aquino
INTERESSADO : DARCI VALDIR WOMMER
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA MAIA VASQUES ALVES
INTERESSADO : EDSON BERNARDO DA SILVA
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
INTERESSADO : GELSON DE OLIVEIRA OBREGÃO
: JOAO BATISTA ALMEIDA DE SOUZA
INTERESSADO : MARIO AUGUSTO MIRANDA MICHELATO
ADVOGADO : NALU ALVES SILVEIRA GONÇALVES
INTERESSADO : NELSON PEREIRA
ADVOGADO : JAIRO MOURA
INTERESSADO : RAFAEL LUIZ SEMCHECHEN
ADVOGADO : ARILDO ANTONIO DE CAMPOS
INTERESSADO : VILSON PEREIRA
ADVOGADO : JAIRO MOURA

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos pela defesa de Fábio Bernardo da Silva em face de acórdão da 8ª Turma desta Corte que assim dispôs (evento 37):

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ÂNIMO DEFINITIVO E PERMANENTE. ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO. DOSIMETRIA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/2006. COMPROVAÇÃO DA TRANSNACIONALIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. 1. Autoria e materialidade dos delitos de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico comprovadas pelas provas produzidas durante a fase policial e devidamente judicializadas. 2. Restou comprovada a associação voltada para a





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

prática do tráfico de drogas, com ânimo definitivo e permanente, especialmente em razão da específica divisão de tarefas entre os diversos integrantes da organização criminosa. 3. Quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica. 4. Não é necessário que a droga seja apreendida atravessando a fronteira para a caracterização do tráfico internacional. No caso concreto, o juiz baseou-se nas evidências constantes nos autos e que apontam para a internacionalidade do tráfico de entorpecentes perpetrado. 5. No caso concreto, os acusados não fazem jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006, vez que a prova dos autos demonstra que os mesmos se dedicam à atividade criminosa. 6. "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), devendo o ser tomado em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código penal, principalmente na censurabilidade da conduta. 7. As apelações dos acusados FÁBIO BERNARDO DA SILVA e NELSON PEREIRA foram desprovidas. Concedida, de ofício, ordem de habeas corpus para aplicar o instituto do crime continuado, em relação a FÁBIO BERNARDO DA SILVA, quanto aos fatos nº. 03 e 04 da denúncia. Tendo em vista o falecimento do acusado JUCEMAR SEBEN, reconhecida a extinção de sua punibilidade, nos termos dos art. 107, inc. I, do Código Penal. 8. Entende o Supremo Tribunal Federal ser indispensável o trânsito em julgado para o início da execução da pena, à luz do princípio da presunção de inocência. No entanto, recentes manifestações da própria Corte Constitucional apontam para a necessidade de revisitar o tema, no sentido de estabelecer o início da execução a partir da decisão condenatória de segundo grau. 9. A legislação brasileira não veda expressamente a execução provisória da reprimenda penal, sendo compatível com o nosso sistema constitucional o início do cumprimento quando pendentes de julgamento apenas os recursos excepcionais e sem efeito suspensivo. Nesse sentido era a orientação do próprio STF e do STJ, que editou a Súmula nº 267. 10. Determinada a expedição de mandado de prisão e carta de guia para execução provisória da pena, observando-se o regime inicial estabelecido e o período de recolhimento em prisão preventiva. (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5008572-31.2012.404.7002, 8ª TURMA, Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 26/08/2015)

Em suas razões (evento 54), sustenta que deve prevalecer, por seus próprios fundamentos, o voto-vencido do Desembargador Federal Leandro Paulsen, que amplia o instituto do crime continuado em relação ao Embargante quanto ao primeiro, terceiro e quarto fatos narrados na denúncia, beneficiando-o com maior redução da pena. Outrossim, também requer seja acolhido o voto-

[MEH©/MCR]

7866543.V004_2/3

5008572-31.2012.404.7002





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

vencido do Desembargador Victor Luiz dos Santos Laus, rejeitando a expedição de mandado de prisão e ficha de recolhimento individual para execução provisória das penas, com a conseqüente expedição de contramandado.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal para contrarrazões, opinando o *Parquet* pelo desprovimento do recurso (evento 62 destes autos).

É o relatório.

À revisão.



Documento eletrônico assinado por **Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7866543v4** e, se solicitado, do código CRC **E7760E44**.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5008572-31.2012.4.04.7002/PR

RELATOR : SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
EMBARGANTE : FÁBIO BERNARDO DA SILVA
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : JUCEMAR SEBEN
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
INTERESSADO : ADÃO DE JESUS
ADVOGADO : JOMAH HUSSEIN ALI MOHD RABAH
INTERESSADO : CLAUDEMIR MESSIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : Márcio Alessandro Silvero Aquino
INTERESSADO : DARCI VALDIR WOMMER
ADVOGADO : VANESSA CRISTINA MAIA VASQUES ALVES
INTERESSADO : EDSON BERNARDO DA SILVA
ADVOGADO : Vitor José Spazzini
INTERESSADO : GELSON DE OLIVEIRA OBREGÃO
: JOAO BATISTA ALMEIDA DE SOUZA
INTERESSADO : MARIO AUGUSTO MIRANDA MICHELATO
ADVOGADO : NALU ALVES SILVEIRA GONÇALVES
INTERESSADO : NELSON PEREIRA
ADVOGADO : JAIRO MOURA
INTERESSADO : RAFAEL LUIZ SEMCHECHEN
ADVOGADO : ARILDO ANTONIO DE CAMPOS
INTERESSADO : VILSON PEREIRA
ADVOGADO : JAIRO MOURA

VOTO

Considerações iniciais

São duas as controvérsias trazidas ao descortino desta Seção.

A primeira diz respeito ao reconhecimento ou não da continuidade delitiva, considerando-se o distanciamento entre as datas em que praticados os delitos.

A segunda diz respeito à possibilidade ou não de execução provisória da sentença penal condenatória (que impôs pena privativa da liberdade, não substituída por penas restritivas de direitos, nem suspensa





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

condicionalmente), após o julgamento da apelação, mas antes de seu trânsito em julgado para a defesa.

Continuidade delitiva

No que diz respeito à continuidade delitiva, o voto vencedor, da lavra do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, assim dispõe (evento 33):

3.7. DA CONTINUIDADE DELITIVA

O crime continuado é uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal, que considera que os crimes subsequentes devem ser tidos como continuação do primeiro, estabelecendo, em outros termos, um tratamento unitário a uma pluralidade de atos delitivos, determinando uma forma especial de puni-los.

*Ocorre o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, devendo os subsequentes, pelas **condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes**, ser havidos como continuação do primeiro.*

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

*Em relação ao acusado **NELSON**, as circunstâncias dos fatos e o distanciamento das datas de consumação dos crimes imputados impossibilitam a aplicação do instituto: fato 01 em 19/01/2008, fato 05 em 30/04/2008 e fato 06 em 07/06/2008.*

*Quanto a **FÁBIO**, o distanciamento das datas de consumação do fato 01 (19/01/2008) e do fato 03 (09/04/2008) impede a aplicação da continuidade delitiva. Contudo, entre o terceiro (09/04/2008) e do quarto fato (11/04/2008), há a possibilidade de aplicação do instituto, em patamar a ser analisado no tópico relativo à dosimetria da pena.*

O voto-vencido, da lavra do Desembargador Federal Leandro Paulsen, assim aprecia a questão (evento 38):





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

1. *Peço vênia ao Relator para divergir parcialmente no tocante à aplicabilidade do instituto da continuidade delitiva.*

2. *No caso em tela, entendo que os crimes de tráfico praticados pelos réus Fábio (fatos 1º - em 19/01/2008; 3º - em 09/04/2008 e 4º - em 11/04/2008) e Nelson (fatos 1º - em 01/2008; 5º - em 30/04/2008 e 6º - em 07/06/2008) ocorreram nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Embora exista jurisprudência no sentido de inadmitir o reconhecimento da continuidade se ultrapassado o período de 30 dias entre as condutas delitivas, entendo que tal prazo não se mostra peremptório, sendo devido, no presente caso, o reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos fatos 1º, 3º e 4º para o réu Fábio, e, em relação aos fatos 1º, 5º e 6º, para o réu Nelson.*

Assim, procedo ao ajuste das penas a partir do entendimento aqui apresentado:

- FÁBIO BERNARDO DA SILVA

Em relação aos delitos de tráfico, sobre a pena mais grave incide o percentual de aumento de 1/6 (art. 71 do CP), resultando em 08 anos, 07 meses e 13 dias de reclusão.

Aplicando-se a regra do concurso material entre o art. 33, caput, c/c 40, I, e o art. 35, c/c 40, I, da Lei 11.343/06, resulta na pena final em 13 anos, 03 meses e 13 dias de reclusão. As penas de multa se aplicam distinta e integralmente (art. 72 do CP), resultando em 2.955 dias-multa.

- NELSON PEREIRA

Em relação aos delitos de tráfico, sobre a pena mais grave incide o percentual de aumento de 1/6 (art. 71 do CP), resultando em 11 anos, 04 meses e 16 dias de reclusão.

Aplicando-se a regra do concurso material entre o art. 33, caput, c/c 40, I, e o art. 35, c/c 40, I, da Lei 11.343/06, resulta na pena final em 17 anos, 06 meses e 01 dia de reclusão. As penas de multa se aplicam distinta e integralmente (art. 72 do CP), resultando em 3.620 dias-multa.

O voto vencedor está em sintonia com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do tema.

Confiram-se, a propósito, os julgados do Supremo Tribunal Federal que trazem as seguintes ementas:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS EM RAZÃO DA ALEGADA CONTINUIDADE DELITIVA:





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ESPAÇO TEMPORAL ENTRE OS DELITOS SUPERIOR A TRINTA DIAS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não se comprovam, nos autos, constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem.
2. O Paciente não satisfaz os requisitos objetivos necessários à unificação das penas executadas, pois, "**havendo intervalo de tempo superior a trinta dias entre os crimes não é de ser reconhecida a continuidade delitiva**" (HC 95.415, relator o Ministro Eros Grau, DJe 20.3.2009).
3. Habeas corpus denegado.
(HC 112484, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 15-10-2012 PUBLIC 16-10-2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME SIMILARES. LAPSO TEMPORAL SIGNIFICATIVO ENTRE OS FATOS CRIMINOSOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PRECEDENTES.

1. A configuração da continuidade delitiva exige a prática de um ou mais crimes da mesma espécie em condições de tempo, lugar e modo de execução do delito indicativas de serem, as condutas subseqüentes, continuação da primeira.
2. **O lapso temporal significativo, no caso cerca de oitenta e nove dias entre a prática dos crimes de roubo, inviabiliza o reconhecimento da continuidade delitiva. Precedentes.**
3. Ordem denegada.
(HC 106173, Relatora Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, DJe 01-08-2012)

Confirmam-se, também, os julgados do Superior Tribunal de Justiça que trazem as seguintes ementas:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. MENORES IMPÚBERES. CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS E DE SEMELHANÇA ENTRE AS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO.

1. Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior.
2. Na hipótese, não há como vislumbrar qualquer possibilidade de se entender que o segundo delito (tentativa de coito anal e felação contra o menor João em julho de 2007) encontra-se na linha de desdobramento do primeiro (beijos





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

lascivos na boca e no seio da menor Gabriele ocorrido três meses antes - abril de 2007), sendo evidente que cada ato sexual resultou de deliberação autônoma.

3. Dos fatos delineados e incontroversos nos autos restou demonstrado que há diferenças tanto na maneira de execução do delito quanto nas condições de tempo e lugar.

4. Segundo entendimento desta Corte, o lapso de tempo superior a trinta dias entre o cometimento dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações sucessivas (AgRg no AREsp 263.296/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/8/2013, DJe 12/9/2013).

5. Recurso especial conhecido para, afastada a continuidade delitiva, fixar a pena do réu em 12 anos de reclusão (art. 69 do CP), mantidos os demais consectários da condenação.

(REsp 1196358/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. PROVAS PRODUZIDAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO QUE CORROBORAM OS ELEMENTOS COLHIDOS EM INQUÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. SÚMULA 83 DO STJ.

1. Não se vislumbra omissão no julgado de origem quanto à suposta violação ao art. 155 do CPP, pois o Tribunal estadual apontou que os elementos informativos produzidos na fase inquisitorial foram confirmados pelas provas produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório.

2. Postulação relativa à absolvição por ausência de provas implica, necessariamente, análise do conjunto probatório, o que é inviável na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 do STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

3. Este Superior Tribunal pacificou a interpretação segundo a qual restaria afastada a aplicação do art. 71 do CPB quando ultrapassado o limite temporal de 30 (trinta) dias entre as condutas, uma vez que o decurso do referido prazo descaracterizaria o requisito "mesmas condições de tempo" exigido na lei. Precedentes.

4. A posição adotada no acórdão recorrido encontra-se em perfeita consonância com a tese consolidada nesta Corte Superior, o que atrai a aplicação da sua Súmula 83.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 346.230/SE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015)

Esta 4ª Seção tem precedente no mesmo sentido.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Confira-se, a propósito, o julgado que traz a seguinte ementa:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO. PATAMAR. ADOÇÃO DO CRITÉRIO DO TERMO MÉDIO. NÃO OBRIGATORIEDADE. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para o cálculo das vetoriais do artigo 59 do CP, não há a obrigatoriedade de prestigiar-se o critério do termo médio, devendo o peso de cada circunstância ser analisado consoante as particularidades do caso concreto.

2. Presente a devida motivação para reconhecer-se o desvalor da referida circunstância judicial e sendo a majoração empreendida ponderada e suficiente, tem-se que a pena fora escorreitamente arbitrada, não padecendo de ilegalidades a serem reconhecidas, não sendo o caso de sua revisão.

3. Embora se esteja diante de condutas praticadas em espaço temporal próximo, não se pode falar em crime continuado, senão em reiteração criminosa, devendo incidir a regra do concurso material (artigo 69 do CP) -, e não a da continuidade delitiva (artigo 71 do CP).

4. A continuidade delitiva não deve ser reconhecida quando o crime puder ser praticado a qualquer tempo, optando o réu por fazê-lo reiteradamente, em ocasiões distintas, em intervalos superiores a trinta dias, caracterizando-se, assim, a habitualidade criminosa, que conduz ao cúmulo material delitivo.

5. Ainda que o artigo 71 do Código Penal, em seu caput, nada disponha acerca do intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, as Cortes Superiores, majoritariamente, professam o entendimento de inadmitir a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias.

(TRF4, EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5008070-35.2011.404.7000, 4ª SEÇÃO, de minha relatoria, POR MAIORIA, JUNTADO AOS AUTOS EM 07/05/2015)

No presente caso, os fatos criminosos perpetrados pelo ora embargante ocorreram nas seguintes datas: **19-01-2008** (primeiro fato narrado na denúncia), **09-04-2008** (terceiro fato narrado na denúncia) e **11-04-2008** (quarto fato narrado na denúncia).

Assim sendo, não é possível reconhecer a continuidade delitiva:

- a) entre o primeiro e o terceiro fatos narrados na denúncia;
- b) entre o primeiro e o quarto fatos narrados na denúncia.

A exemplo do que faz o voto vencedor, somente é possível reconhecer a continuidade delitiva entre o terceiro e o quarto fatos narrados na denúncia.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Logo, no que tange ao tema, os embargos infringentes e de nulidade não merecem prosperar.

Execução provisória da pena privativa da liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a defesa

No que diz respeito ao tema, o voto vencedor, da lavra do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, assim dispõe (evento 33):

7. DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O egrégio Supremo Tribunal Federal, até o julgamento do Habeas Corpus nº 84078/MG, tinha como pacífico o entendimento de que os recursos especial e extraordinário, que não são dotados de efeito suspensivo, não obstavam o início da execução provisória da pena, como se colhe dos seguintes arestos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

I - Em se tratando de ação penal instaurada diante da prática de crimes contra a ordem tributária, a existência de justa causa impõe o esgotamento da esfera administrativa.

II - Não existe nulidade do processo penal quando, em hipótese de crime contra a ordem tributária, a condenação é amparada em crédito tributário definitivamente constituído.

III - O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeitos suspensivos, razão pela qual não impedem a execução provisória da pena.

IV - Ordem denegada.

(HC 85616, Primeira Turma, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17/11/2006)

PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator.

II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência - sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos -, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução.

(HC 82490, Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29/11/2002)

HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME HEDIONDO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. EXAURIMENTO DOS RECURSOS COM EFEITO SUSPENSIVO.

1. Recursos especial e extraordinário. Ausência de efeito suspensivo. Executoriedade da sentença condenatória.

2. Homicídio qualificado. Crime hediondo. Lei 8.072/90, artigo 2º, § 2º: a regra é o recolhimento do réu como condição do recebimento do recurso de apelação, sem necessidade de fundamentação, que só é exigida quando, por exceção, o julgador conceder tal benefício. Habeas-corpus denegado.

(HC 81392, Segunda Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 01/03/2002)

Esta orientação, todavia, deixou de ser seguida a partir do julgamento do HC nº 84.078/MG pelo Pleno do Tribunal (Rel. Min. Eros Grau, DJE 26/02/2010, DJE nº 35, divulgado em 25/02/2010), quando restou apreciada a prevalência do princípio da presunção de inocência e a indispensabilidade do trânsito em julgado para que o condenado seja recolhido à prisão, cujo acórdão restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1.O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2.Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3.A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4.A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

*que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual
Ordem concedida.*

Este posicionamento foi firmado por apertada maioria, votando o então Presidente, Min. Gilmar Mendes, que tem externado, em recentes julgamentos de habeas corpus da chamada "Operação Lava-Jato", a necessidade da Suprema Corte revisitar o tema.

No Habeas Corpus nº 125.555/PR, relativo a um dos corréus da chamada "Operação Lava-jato", os Ministros do STF travaram interessante debate sobre a posição da Corte acerca da prisão após o pronunciamento de mérito do Poder Judiciário, à luz do princípio da presunção de inocência, sendo invocada a necessidade rediscussão da jurisprudência. Colaciono o debate travado no julgamento:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ah, desculpe-me, então. Não foi tão... Mas ali era a discussão sobre a possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De uma decisão, pelo menos, de mérito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É verdade. Bem, mas o Ministro Peluso fazia uma ressalva, que era a possibilidade de se decretar a prisão em casos de eventual prognóstico sobre continuidade delitiva, abrindo então exceção, e aí dizia: na sentença ou na decisão de segundo grau já se poderá fazer esse tipo de consideração.

Eu tenho a impressão de que o próprio prognóstico que se faz quanto a esse risco de fuga ganha densidade, plausibilidade, materialização a partir de juízos condenatórios. E eu tenho a impressão de que, em algum momento, acho que nós temos encontro marcado com essa questão. Em algum momento nós vamos ter que submeter esse tema à revisão. Eu sei que no próprio Congresso Nacional há esforços nesse sentido de quebrantar a presunção de inocência, de fazer essa revisão.

Ainda há pouco alguém narrava essa situação: o sujeito vai a júri, é condenado por um homicídio grave, mas, como estava livre quando do julgamento, vai ao júri, é condenado por unanimidade e depois sai solto porque tem que esperar o trânsito em julgado.

Recentemente nós tivemos no Plenário um caso também emblemático em que já se entrava com recurso extraordinário contra inadmissão do recurso especial ou algo assim, com o notório objetivo de, tanto quanto possível, retardar o inevitável trânsito em julgado. É um tema que nós precisamos realmente revisitar.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E acho até, Ministro, que, na verdade, neste caso, não tem a ver com a presunção de inocência, que seria realmente imodificável até por emenda constitucional, mas tem a ver com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal haverá de fazer. Fico pouco à vontade para debater, porque votei vencida, porque sempre considerei que a presunção é de não culpabilidade penal, pelo que esta presunção se rompe quando já se tem esgotadas as instâncias que instruíram e condenaram, porque aí o que se vai poder alterar já não é mais, em princípio, o juízo condenatório. Portanto, a presunção é de não culpabilidade penal, no momento em que se rompe essa presunção rompe-se a garantia. Mas, fico muito contente em saber que o voto vencido de um dia pode ser...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou caminhando, então, na direção de Vossa Excelência, Ministra Cármen.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Que bom. Vossa Excelência quando caminha, sempre caminha bem. Mas, enfim, acho que Vossa Excelência diz bem: não é este caso, porque aqui não há juízo, mesmo, mas essa elucubração é importante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é que essa questão está no contexto do debate que se trava sobre a impunidade.

O Ministro Teori também ressaltou que há um tipo de demanda, tanto do pondo de vista judicial como também do ponto de vista de expectativa popular, de que a prisão provisória ou a prisão preventiva supram os mecanismos de punição, tendo em vista, exatamente, a demora inevitável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Podem levar, mesmo, à impunidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, que pode levar à impunidade, prescrição, em suma, todos os incidentes que marcam essa temática.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Era o nosso argumento naquela ocasião.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, gostaria também de, na oportunidade, registrar essa reflexão.

Há pouco tempo eu discutia esse tema, no âmbito do meu gabinete, com a minha assessoria e dizia que, é claro, por necessidade até de afirmação de padrões civilizatórios mínimos, no que diz respeito à





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Justiça Criminal em sentido lato, o Tribunal tem tentado fixar parâmetros muitos rígidos, até porque ele quer fixar uma orientação para o sistema como um todo. Mas é evidente que, de quando em vez, em função dessa necessidade de ter normas muito claras a partir da jurisprudência, ele pode - e estou dizendo isso fazendo também um mea-culpa - resvalar por um certo romantismo judicial - vou me permitir a formulação - que não condiz com essa realidade.

Quando nós começamos a pesquisar os casos no Direito Comparado, nós passamos a ver que estamos na exceção dos países que exigem esse trânsito em julgado nessa dimensão, até porque em muitos países o trânsito julgado se dá com a decisão de segundo grau - como o modelo Alemão que o Doutor Odim conhece muito bem -, depois disso praticamente já quase não há recurso, a não ser, eventualmente, uma Verfassungsbeschwerde, um recurso constitucional, mas já supondo o trânsito em julgado.

Então, tenho a impressão de que nós teremos que rever isto, primeiro, para admitir a prisão depois da decisão de segundo grau, e até mesmo para admitir a prisão já com a sentença condenatória, ainda que com este viés de decisão de caráter provisório, mas protetivo da integridade do sistema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Acho que a única preocupação é garantir mesmo. O direito de defesa é essencial e não se pode, de jeito nenhum, diminuir esses direitos que são direitos fundamentais. O que se tem é de saber como compatibilizar esses direitos com o direito à paz, que cada um tem de ter uma resposta judicial efetiva e eficaz e que torne a sociedade civilizada dentro de um marco fixado constitucionalmente, sem embargos, como Vossa Excelência disse.

Agora, mais recentemente, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 127186/PR, relativo à conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, para alguns dos réus desta operação, o Min. Gilmar Mendes assentou:

É evidente que a soltura dos acusados vai gerar na sociedade sensação de impunidade. Estamos tratando de um caso rumoroso. A lentidão de nossa justiça faz com que a sociedade aviste as prisões preventivas como instrumento de punição, não de garantia.

Para combater a impunidade, precisamos assegurar que os processos cheguem a julgamento em tempo razoável. E nos resta reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Por isso, no julgamento do Habeas Corpus 125.555, afirmei que o STF precisa rediscutir a compatibilidade da prisão após o julgamento da apelação com a presunção de não culpabilidade.

De qualquer forma, sigo convicto de que o clamor público não sustenta a prisão preventiva. No caso concreto, tenho que as medidas alternativas propostas pelo relator são suficientes.

Tenho que chegou a hora de se dar início à discussão.

Os óbices regularmente levantados contra a anterior orientação da Excelsa Corte residem no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, artigo 7º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Lei de Execução Penal brasileira. Referida convenção dispõe:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:

(...)

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Da simples leitura é possível verificar que ela, por si só, não impede a execução provisória, apenas fazendo remissão à previsão constitucional do Estado-parte e a legislação havida por constitucional.

O artigo 8º, do mesmo diploma, também não favorece a interpretação de impedimento de execução provisória, porque não elenca dentre as "garantias judiciais":

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Logo, somente o sistema constitucional-penal brasileiro pode solver a questão, não servindo o pacto internacional de suporte a qualquer direito do condenado por decisão recorrível sem efeito suspensivo. Até porque, como salientado pelo Ministro Gilmar Mendes no trecho acima referido, nenhum ou poucos países do mundo adotam sistema tão garantista no tocante ao início do cumprimento da pena.

Compulsando a Lei de Execução Penal, referida em alguns julgados do próprio STF, constata-se que ela pouco ou nada auxilia na solução da questão, porquanto há previsão de aplicação aos presos definitivos e presos provisórios.

Assim, à falta de qualquer vedação expressa, deve ser compreendido que ela implicitamente permite a execução provisória da pena, como se colhe dos artigos 6º, 31 e 39 da LEP, cuja transcrição não se faz necessária.

Por derradeiro, cumpre examinar a questão sob o ponto de vista constitucional, à luz do artigo 5, LVII, que estabelece:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Colho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no multicitado Habeas Corpus, a interpretação para a presunção constitucional de inocência:

Aliás, não existe uma garantia real e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tanto é que há processos julgados em única instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um triplo grau! Nem mesmo





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a existência de um terceiro grau de jurisdição, como ora se pretende. A garantia está restrita ao direito de recorrer contra a sentença condenatória, como dispõe o art. 8º, nº 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45, ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença de repercussão geral, veio a reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária.

Esta tendência de racionalização da atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, contribui para a concretização do direito à razoável duração do processo.

Com base nesta Reforma, é possível sustentar a existência de uma voluntas legis no sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais.

Do voto da Ministra Ellen Gracie, colho, também, a seguinte exegese:

Dou à presunção de inocência, ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal - e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores - é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado. Todavia, a sentença condenatória que seja mantida pelo tribunal após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa a salvo tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, para que, só então, se dê consequência à sentença condenatória. Essa extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão, a partir da sentença condenatória de primeira instância. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Essa análise não podem fazê-lo nem o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal. Tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo (Lei 8.038/90, art. 27, §2º). Não creio que a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça prova na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366.

E, ao final de seu voto, arremata a Ministra que também não é de se invocar o Pacto de San José da Costa Rica, vez que o mesmo não veda o cumprimento imediato da pena, enquanto pendente recurso sem efeito devolutivo, tampouco o condiciona ao trânsito em julgado.

Importante frisar, para não pairar qualquer dúvida quanto ao posicionamento aqui adotado, que este Relator está a citar autênticos humanistas brasileiros, todos ex-Ministros do STF, sendo o Min. Francisco Rezek ex-integrante da Corte Internacional de Justiça, em Haia.

Assim, embora respeite as opiniões em contrário e a jurisprudência firmada pelas Superiores Instâncias, creio que a orientação do HC nº 84078/MG já não se sustenta.

Aliás, esta era a linha seguida pelo e. Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 267, tantas vezes seguidas por este TRF4:

" A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão."





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Ainda, deve-se registrar que a análise de matéria de fato encerra-se neste Tribunal, pois eventuais recursos especial e extraordinário permitem apenas a discussão de questões de direito referentes à legislação legal e constitucional, respectivamente (artigos 105, III e 102, III, ambos da Constituição Federal).

Nesse sentido as Súmulas nº 279, do STF, e nº 7, do STJ, in verbis:

Súmula nº 279: " Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

Súmula nº 7: " A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Além disso, não possuindo estes recursos efeitos suspensivos das decisões proferidas pelos Tribunais (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90), é possível dar início à execução, ainda que provisória, dos julgados dos Tribunais.

E, com a devida licença da orientação até agora vigente, nunca consegui compatibilizar esta interpretação com a instituição do Júri, igualmente prevista no artigo 5º, da Constituição, que possui soberania de seus veredictos (inciso XXXVIII), mas os condenados, com um mero recurso de apelação ou mesmo com recurso especial ou extraordinário, acabavam sem cumprir aquilo que decidira o soberano órgão. Que soberania é esta que está condicionada à ação de terceiros e sujeita ao próprio condenado?

Dessa forma, em relação aos acusados NELSON PEREIRA e FÁBIO BERNARDO DA SILVA, determino a expedição de mandado de prisão e carta de guia para execução provisória, devendo ser observado o estabelecimento do regime inicial e o período em que permaneceram em prisão preventiva.

O voto-revisão, da lavra do Desembargador Federal Leandro Paulsen, é no mesmo sentido (evento 36); confira-se:

3. Em relação ao cabimento da execução provisória da pena, acompanho integralmente o Relator.

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, promoveu uma guinada na sua jurisprudência, passando a se posicionar, por maioria de votos, pela inviabilidade da execução da pena enquanto não exauridas todas as instâncias da Justiça, inclusive as excepcionais. Esse entendimento sobreveio em 2010, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau. Até então, a execução provisória sempre fora admitida, conforme orientação reiterada tanto do Supremo Tribunal Federal (v.g. HC 85616, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 24/10/2006, DJ 17/11/2006; HC 82490, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29/11/2002) quanto do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 267).





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Ainda que a Constituição da República, em seu art. 5º, LVII, estabeleça que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, trata-se de norma-princípio, sendo equivocada atribuir-lhe caráter absoluto, sob pena de se esvaziar o processo de interpretação e de construção das regras para cada situação concreta, deixando-se de considerar outros preceitos e valores igualmente relevantes.

Note-se que muitos são os casos em que se tem de levar em consideração a norma-princípio da presunção da inocência (enunciada em nosso texto constitucional como não culpabilidade, mas num sentido convergente com a necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana e de asseguramento do devido processo legal). O conteúdo normativo da presunção de inocência é amplo, colocando-se como norma de tratamento ao longo do processo, como norma que aponta o ônus da prova e que orienta a avaliação do conjunto probatório. Em cada situação, assume contornos próprios, todos voltados a assegurar um processo justo e equitativo, bem como a dar o devido valor à liberdade, só passível de restrição com fundadas e firmes razões, observada a proporcionalidade.

Os princípios do devido processo legal e da presunção da inocência não podem levar ao retardamento indefinido da resposta penal. Do contrário, de modo desproporcional, se estaria construindo um sistema que, no afã de resguardar a liberdade dos condenados, estaria comprometendo a paz social ao retirar da jurisdição penal sua eficácia.

*Note-se que os indivíduos que compõem a sociedade tem direito à proteção dos valores que constituem bens jurídicos resguardados pela lei penal e a que não haja insuficiência na reação às suas violações. O Estado tem um dever de proteção que impõe a tutela aos bens juridicamente protegidos, dever esse a ser cumprido com observância da "proibição de proteção deficiente". Há de se encontrar a justa medida: a tutela estatal não pode "intervir excessivamente nos direitos fundamentais do indivíduo afetado", sob pena de violar a proibição de excesso revelada pela desproporcionalidade da restrição (Übermassverbot), mas também não pode ficar aquém do necessário à proteção dos bens juridicamente protegidos, sob pena de violar a proibição de insuficiência (Untermassverbot). Em vez de excesso ou da deficiência, a eficiência (FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 166/171).*

Se é correto que se parta da presunção de inocência em face de qualquer investigação ou denúncia e que a plenitude dos efeitos condenatórios só advenham do trânsito em julgado da respectiva decisão, de outro lado, não é o caso de se retardar a execução da pena quando já vencidas as instâncias ordinárias, esgotando-se a análise da prova, já resguardado o direito à ampla defesa e acessado, por recurso, o direito à análise colegiada da decisão monocrática.

Lembre-se da que a gênese do princípio de que os réus se presumem inocentes durante o processo-crime radica no tratamento desumano dispensado aos indivíduos acusados de práticas delituosas ao longo da História. Estigmatizados desde o momento em que apontados como possíveis criminosos, a eles se impunha provar sua inocência, no bojo de um processo inquisitorial,

[MEH©/LMF]

7866544.V011_18/36

5008572-31.2012.404.7002





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

despidos de quaisquer garantias. Daí por que surgiram garantias em prol do devido processo legal. No art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, restou estampado que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado, o que restou reafirmado, mais recentemente, no preâmbulo da Constituição Francesa da Quinta República, de 1958. No mesmo sentido, a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, à qual o art. 55 da atual Constituição Francesa atribui patamar supralegal, dispõe, em seu art. 6-2, que toda pessoa acusada de uma infração é presumida inocente até que sua culpabilidade esteja legalmente estabelecida. Por outro lado, é interessante observar que, embora o Code de Procédure Pénale não mencione o princípio - apenas determina, no tópico referente à administração da prova, que o juiz fundamente sua decisão em provas devidamente submetidas ao contraditório (art. 427, alínea 2) -, o Code Civil, sobre o qual se edifica a ordem privada francesa, textualmente prevê: "Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence" (art. 9-1), isto é, que todos têm direito à presunção de inocência. Também dispõe o Código de Napoleão que quando um indivíduo é, antes de qualquer condenação, representado publicamente como culpado dos fatos sob investigação ou em instrução judicial, o juiz pode, sem prejuízo da reparação do dano sofrido, ordenar ações que impeçam a violação à presunção de inocência (art. 9-2), o que torna evidente a função desta como princípio informador do modo de tratamento dos acusados durante a instrução criminal. Por sua vez, a Constituição Norte-americana traz o princípio implícito em suas Quinta e Sexta emendas, que garantem ao réu a não autoincriminação, a assistência por um advogado e o julgamento rápido e público, por um júri imparcial. A Lei Fundamental da Alemanha, embora não preveja dito princípio de presunção de inocência de forma explícita, assegura o devido processo legal (art. 103) e as garantias de proteção à liberdade dos indivíduos (art. 104). Na mesma linha, Similarmente, a Constituição Argentina também não menciona o princípio, atendo-se, em seus arts. 18 e 19, às garantias do devido processo legal. Já a Constituição Espanhola expressamente dispõe em seu art. 24, item 2, que "[...] todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.", fazendo íntima conexão, pois, entre a presunção de inocência e o direito ao contraditório e à ampla defesa e à disciplina jurídica da prova. Juan Montero Aroca, em sua obra Derecho Jurisdiccional I: Parte General, 15ª Ed., Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2007, p. 375, destaca que "La presunción de inocencia, como derecho fundamental, exige la existencia objetiva de actividad probatoria de cargo para que quede desvirtuada, mientras que la regla in dubio pro reo presupone esa actividad y atiende al problema subjetivo del juez en la valoración de la prueba, ordenándole que en caso de duda sobre la culpabilidad del acusado se incline por la absolución.."

O que temos em conta, atualmente, é um processo justo e equitativo, em que, partindo-se da acusação e atribuindo-se ao órgão acusatório o ônus





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

probatório, tenha-se ensejado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Um processo em que, realizada a instrução probatória, um magistrado independente e imparcial tenha se debruçado sobre o feito e proferido sentença, analisando detidamente a materialidade, a autoria, a culpabilidade e tudo o mais necessário não apenas a um juízo pela absolvição ou pela condenação, mas também à individualização da pena. Ademais, um processo em que esse juízo de cognição plena monocrático possa ter sido levado à consideração de um colegiado, formado por magistrados igualmente independentes e imparciais que, reunidos em sessão, com a possibilidade de considerarem as razões da acusação e da defesa, inclusive mediante sustentação oral se requerida, tenham verificado o respeito ao devido processo legal e a adequação da sentença ao direito, sua justiça e sua proporcionalidade. Um processo em que já tenham, portanto, sido realizados dois juízos plenos de cognição, por pelo menos quatro magistrados (1 + 3), via de regra, em duas instâncias. Um processo em que a análise probatória já tenha se esgotado e, no qual, portanto, o eventual juízo condenatório seja seguro.

Não se pode perder de vista que a presunção de inocência, como presunção que é, pode ser infirmada. A formação ou confirmação de um juízo condenatório em segundo grau não é açoada nem temerária. Pelo contrário, exaure, de fato e de direito, a análise probatória e as instâncias ordinárias de jurisdição. Assim, respeitadas todas as garantias constitucionalmente asseguradas ao acusado, e restando apenas a possibilidade de interposição de recursos excepcionais sem efeito suspensivo, entendo não restar óbice à execução imediata do acórdão. E isso, sem que se esteja visando à celeridade da resposta penal em detrimento dos direitos individuais historicamente conquistados e protegidos pela norma constitucional. Trata-se, ao revés, de exegese sistêmica que, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, busca conciliar a proteção das garantias do réu ao longo da persecução criminal com a proibição de insuficiência da ação estatal. Essa vedação, na esfera penal, justifica tanto as medidas cautelares adotadas pelo juiz do processo e que se mostrem, mediante juízo criterioso, necessárias à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal e da aplicação da lei penal, como a atribuição de eficácia imediata aos acórdãos proferidos pelos tribunais recursais, em sede de cognição exauriente, de modo que haja uma efetiva resposta do Estado às condutas delitivas, sob pena de inocuidade da ordem jurídico-penal.

Ressalto que os recursos excepcionais não constituem propriamente um julgamento do caso concreto. Visam, isso sim, à preservação da higidez e da coerência do sistema, voltados que estão à uniformização da interpretação da lei federal e da Constituição.

Cabe ressaltar, ainda, que a viabilidade da execução imediata do julgado, uma vez esgotadas as vias ordinárias, é igualmente sustentada pela existência de instrumentos jurídicos aptos a elidir, com eficácia, a eficácia de eventual acórdão advindo sem a devida observância do devido processo legal, ou em que se verifique excesso, abuso ou arbitrariedade, como o habeas corpus e a excepcional atribuição de efeito suspensivo aos recursos dirigidos ao STF e ao STJ.

[MEH©/LMF]

7866544.V011_20/36

5008572-31.2012.404.7002





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Retoma-se, assim, a aplicação do enunciado da Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão". Adequada, portanto, no caso concreto, respeitado que foi o devido processo legal e tendo sido o juízo condenatório sido confirmado em segundo grau de jurisdição, a expedição de mandado de prisão e de carta guia para a execução provisória.

O voto-vencido, da lavra do Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, assim aprecia a questão (evento 36):

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria e, nessa perspectiva, ousou divergir, em parte, do encaminhamento proposto pelo Relator, exclusivamente no que diz respeito ao imediato início da execução (provisória) das penas privativas de liberdade impostas aos réus.

Conforme apontado por Sua Excelência, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 84.078 (Rel. Ministro Eros Grau, j. 05-02-2009, DJe 25-02-2010), assentou ser incabível a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Esse entendimento é ressalvado, vale lembrar, na hipótese de execução provisória em benefício do acusado, a teor da Súmula 716 do Pretório Excelso ("Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória").

Quanto ao ponto, entende o Relator que está presente o ensejo para que este órgão fracionário avalie a possibilidade de revisão do posicionamento outrora assentado na Corte Suprema, à vista de comentários realizados pelos Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia acerca da questão ora em tela, no julgamento dos Habeas Corpus 125.555 e 127.186.

Propõe, então, que a execução provisória da sentença penal condenatória não se mostra incompatível com o ordenamento jurídico, uma vez que, em apertada síntese, (a) os artigos 7º, 2º, e 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, apenas reclamam que a privação da liberdade física deva se dar de acordo com a legislação de cada Estado-parte, não se encontrando o impedimento à execução provisória dentre as garantias judiciais previstas no referido acordo; (b) inexistente vedação expressa na Lei 7.210/1984 para aplicação da medida, sendo que a própria Lei de Execução Penal é aplicável tanto aos presos definitivos quanto aos provisórios; (c) o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não chancela interpretação no sentido de que se exige o esgotamento de todas as vias recursais, assim designadas pelo Ministro Francisco Rezek (apud Ministra Ellen Gracie, em seu voto no HC 84.078) como "extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro"; (d) os recursos especial e extraordinário, para além de não permitirem às Instâncias Superiores o





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

reexame de matéria de fato, não são dotados de efeito suspensivo; (e) perplexidade ante a soberania dos veredictos do júri popular e a impossibilidade de seu imediato cumprimento, na hipótese de interposição de apelação pela defesa do condenado.

A essa fundamentação agregam-se os argumentos do Revisor, o qual, a partir da análise da gênese do princípio da presunção de inocência, conclui que, exaurindo-se nas instâncias ordinárias o exame das matérias de fato, inexistindo óbice à execução provisória da pena a partir da formação, ou confirmação, de um juízo condenatório em segundo grau, já tendo sido asseguradas todas as garantias constitucionais ao acusado, encontrando-se à disposição da defesa, ademais, instrumentos jurídicos aptos a corrigir eventuais excessos ou arbitrariedades, como o habeas corpus e a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais.

Em que pese tais fundamentos, diversa é minha compreensão a respeito da solução a ser encaminhada no caso concreto.

Com efeito, não extraio das vozes contrárias ao posicionamento que nele se firmou, citadas pelo Relator, motivação suficiente para reinaugurar a discussão em sede de segundo grau de jurisdição, ao menos neste momento, em que decorridos mais de seis anos e meio desde o julgamento paradigmático pelo Supremo Tribunal Federal, período em que a orientação exarada tem sido reiteradamente firmada, do que é exemplo mais recente o seguinte julgado:

*"Penal e Processo Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Reiteração de Argumentos da Inicial. Prescrição da Pretensão Executória. Trânsito em Julgado para Ambas as Partes. 1. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não são suficientes para modificar a decisão ora agravada (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. **A partir do julgamento pelo Plenário desta Corte do HC nº 84.078, deixou-se de se admitir a execução provisória da pena, na pendência do RE.** 3. O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, tal como interpretado pelo STF, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição da pretensão executória, originariamente regulado pelo art. 112, I do Código Penal. 4. Como consequência das premissas estabelecidas, o início da contagem do prazo de prescrição somente se dá quando a pretensão executória pode ser exercida. 5. Agravo regimental desprovido." (STF, AgR no HC 107.710, 1ª Turma, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe 01-7-2015 - destaquei)*

E, na mesma linha, os seguintes precedentes: HC 96.500, 2ª Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 19-3-2010; HC 99.914, 2ª Turma, Rel. p/ acórdão Ministro Celso de Mello, DJe 30-4-2010; HC 106.886, 1ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 07-6-2011; HC 107.547, 2ª Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 31-5-2011; HC 108.655, Rel. Ministro Ayres

[MEH©/LMF]

7866544.V011_22/36

5008572-31.2012.404.7002





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Britto, DJe 08-6-2012; HC 113.910, 1ª Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 01-8-2013; HC 112.071, 2ª Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJe 06-9-2013; HC 114.214, 1ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 05-12-2013; HC 119.759, 1ª Turma, Rel.ª Ministra Rosa Weber, DJe 03-02-2014; HC 119.348, 2ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 06-3-2014; HC 115.269, 1ª Turma, Rel.ª Ministra Rosa Weber, DJe 30-10-2014.

De realce que, nos julgados mais recentes, a vedação da chamada execução penal provisória (leia-se: execução antecipada da prisão penal decorrente de sentença ou acórdão condenatórios) tem sido reafirmada no esteio da controvérsia a respeito do marco inicial da prescrição da pretensão executória, da qual é elucidativo o voto do Ministro Roberto Barroso no já citado Agravo Regimental no Habeas Corpus 107.710:

*"(...) 6. A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia estatal quando já é possível sua atuação. A execução do título penal condenatório, por seu turno, só é possível após o trânsito em julgado. **É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena. Era consentâneo com este entendimento a compreensão de que o termo inicial da prescrição da pretensão executória era o trânsito em julgado para a acusação.***

*7. Ocorre que, **após o julgamento pelo Plenário desta Corte do HC n. 84.078, passou-se a não mais admitir a execução provisória da pena na pendência do recurso extraordinário e, com maior razão, do recurso de apelação.** Assim, melhor analisando a questão, penso que **o princípio da presunção de inocência, tal como atualmente interpretado pelo Tribunal, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição,** originariamente regulado pelo art. 112, inc. I, do Código Penal. Do contrário, estar-se-ia punindo o estado pela inação quando não poderia agir, ou seja, a prescrição somente se aplica em caso de não ser exercida a tempo a pretensão executória estatal. Nessa linha, há precedente desta Primeira Turma à unanimidade (Presidência do Ministro Dias Toffoli e presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber): (...)" (Destaquei.)*

Perfilhando dessa orientação, assim este Regional sedimentou sua jurisprudência no ponto:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENAS. IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO INOCÊNCIA.

Não obstante os recursos endereçados aos Tribunais Superiores sejam desprovidos, via de regra, de efeito suspensivo, o entendimento sedimentado no egrégio STF encontra-se no sentido de que, no processo penal, tanto as penas restritivas de direito como as privativas de





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

liberdade somente são suscetíveis de execução após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa." (TRF4, HC 0008846-08.2010.4.04.0000, 8ª Turma, Rel. Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22-4-2010)

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

A sentença criminal condenatória não admite execução provisória, seja pela impossibilidade de reparação acaso ao final provido recurso da defesa, seja pelo princípio então ainda vigente de presunção de inocência, seja pela característica do processo penal de que a fase executória exige o trânsito em julgado." (TRF4, HC 0014625-07.2011.4.04.0000, 7ª Turma, Rel. Desembargador Federal Néfi Cordeiro, D.E. 12-01-2012)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DA PENA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. 'A execução penal provisória não pode se dar em prejuízo do processado, que mantém a condição de inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não obstante, em seu favor, quando mais favorável o trato da pena definitiva do que o da prisão provisória, é ela admitida e necessária.' (TRF4, HC 0014679-07.2010.404.0000, 7ª Turma, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, D.E. 18-6-2010). (...)" (TRF4, HC 5008181-96.2013.4.04.0000, 8ª Turma, de minha relatoria para acórdão, D.E. 27-5-2013)

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES.

1. Em homenagem ao primado da presunção de inocência, inviável a execução da pena antes da ocorrência do transitado em julgado (STF/HC nº 84.078-7/MG), não mais subsistindo a possibilidade de execução provisória da sentença condenatória. (...)" (TRF4, AgExPe 5023229-29.2013.4.04.7200, 8ª Turma, Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, D.E. 13-6-2014)

A propósito, o tema acerca da compatibilidade do artigo 112, inciso I, do Código Penal, com o princípio da não culpabilidade, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da CF, foi objeto de reconhecimento de Repercussão Geral pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (ARE 848.107 RG, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 19-02-2015), exatamente porque, de um lado, "a prescrição surge com contornos relativos à verdadeira sanção, presente a inércia daquele que pode acionar certo direito, certa atribuição", e, de outro, a jurisprudência segundo a qual a pretensão executória exsurge no momento do trânsito em julgado para acusação, ainda que "pendente recurso da defesa capaz de conduzir à reversão do quadro decisório, em termos de condenação",

[MEH©/LMF]

5008572-31.2012.404.7002

7866544.V011_24/36





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

encontrava ressonância na admissibilidade da execução penal provisória, essa última "afastada do cenário jurídico pelo aludido princípio [da não culpabilidade]".

Assim, acolhida aquela preliminar formal, abriu-se "inegável oportunidade e conveniência para se consolidar a orientação desta Suprema Corte a esse respeito", do que é possível concluir que a posição que se pretende rever na instância inferior poderá ser, muito em breve, reexaminada pela Corte Suprema, inclusive mediante sujeição da matéria ao Plenário (artigos 5º, inciso II, alínea "b", c/c artigo 11, inciso I, ambos do RISTF), e eventualmente reformada, uma vez que aquela está umbilicamente relacionada com o tema cuja repercussão geral foi recentemente admitida.

Ademais, cabe ainda lembrar que, em julgamento de grande repercussão junto à opinião pública na História recente do País (caso "mensalão"), não foi acolhido pedido da Procuradoria-Geral da República de imediata prisão dos condenados, na pendência de recursos das defesas (naquele caso, embargos de declaração e embargos infringentes). No ponto, o Ministro Joaquim Barbosa, Relator da Ação Penal 470, em decisão monocrática, confirmou a orientação do Plenário no HC 84.078, em cujo julgamento, inclusive, havia ficado vencido, assentando que, até o trânsito em julgado da condenação, a única prisão compatível com o ordenamento jurídico é aquela de natureza cautelar. Confira-se:

"Como se sabe, o Pleno desta Corte, em 5.2.2009, no julgamento do HC 84.078 (rel. min. Eros Grau), por maioria (contra o meu voto), entendeu incabível o início da execução penal antes do trânsito em julgado da condenação (isto é, a chamada execução penal provisória), ainda que exauridos o primeiro e o segundo grau de jurisdição.

Por conseguinte, segundo a atual orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, até o trânsito em julgado da condenação, só há espaço para a prisão de natureza cautelar.

Não há como prosperar o argumento do procurador-geral da República de que o acórdão que se pretende executar de imediato, embora ainda não transitado em julgado, seria definitivo, já que incabível a interposição de embargos infringentes, e os embargos declaratórios, apesar de cabíveis, não acarretam, ao menos em regra, a modificação do julgado.

Com efeito, a questão relativa ao cabimento ou não de embargos infringentes (RISTF, art. 333, I e parágrafo único) em caso de condenação criminal em que há, no mínimo, quatro votos absolutórios ainda vai ser enfrentada pelo Pleno desta Corte, não se podendo, por ora, concluir pela inadmissibilidade desse recurso.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Aliado a isso, os chamados efeitos infringentes dos embargos de declaração - embora eventuais, atípicos e excepcionalíssimos, como bem frisou o Ministério Público Federal - são, ao menos em tese, possíveis de ocorrer. E, ocorrendo, podem levar à modificação do julgado, o que, a rigor, afasta a conclusão de que o acórdão condenatório proferido pelo Supremo Tribunal Federal em única instância seria definitivo.

É verdade que, nos casos em que verificada a interposição sucessiva de recursos manifestamente protelatórios, manejados com o claro propósito de impedir o trânsito em julgado da condenação, o Supremo tem determinado o início da execução da sanção imposta, sob pena de admitir-se a possibilidade de o réu, mediante sucessivos embargos de declaração, impedir, eternamente, o cumprimento da pena a que foi condenado.

Todavia, não se pode simplesmente presumir, de antemão, que os condenados, tal como sustentado pelo requerente, irão lançar mão desse artifício. É necessário examinar a quantidade e o teor dos recursos a serem eventualmente interpostos para concluir-se pelo seu caráter protelatório ou não.

Por fim, há que se destacar que, até agora, não há dados concretos que permitam apontar a necessidade da custódia cautelar dos réus (CPP, art. 312), os quais, aliás, responderam ao processo em liberdade. A isso se soma o fato de que, na decisão de fls. 50.959-50.964, já foi determinada a proibição de os condenados se ausentarem do país, sem prévio conhecimento e autorização do Supremo Tribunal Federal, bem como a comunicação dessa determinação às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional." (DJe 04-02-2013 - grifei.)

É verdade que o próprio Relator admite, no caso de recursos manifestamente protelatórios, em que se verifica a intenção do réu em prolongar, ad eternum, o início do cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta, a possibilidade de se determinar a imediata execução da pena, na linha, inclusive, de outras decisões emanadas daquela Corte, da qual é exemplo o indeferimento da antecipação de tutela no Habeas Corpus 98.018 (Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 10-3-2009):

De fato, o Plenário desta Corte, em 5.2.2008, no julgamento do HC 84.078 (rel. min. Eros Grau), por maioria (contra o meu voto), entendeu incabível o início da execução penal antes do trânsito em julgado da condenação (isto é, a chamada execução penal provisória), ainda que exauridos o primeiro e o segundo grau de jurisdição.

Por outro lado, no julgamento dos embargos de declaração no agravo regimental no agravo regimental nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

685.370 (rel. min. Celso de Mello), ocorrido em 10.2.2009 (portanto, após o julgamento do HC 84.078), foi determinada, à unanimidade, 'a execução imediata da decisão, independentemente da publicação do acórdão'.

Noutras palavras, cuidando-se de sucessivos recursos manifestamente protelatórios, interpostos com o claro propósito de impedir o trânsito em julgado da condenação, impõe-se o início da execução da sanção imposta, sob pena de admitir-se a possibilidade de o réu, mediante sucessivos embargos de declaração, impedir, eternamente, o cumprimento da pena a que foi condenado.

Assim, estando a decisão atacada em harmonia com o precedente acima citado, não há como ser deferida a liminar pleiteada."

E, ainda, no julgamento do Agravo Regimental no AI 795.677, em outro julgado emblemático (caso "Pimenta Neves"), a Segunda Turma do STF acolheu proposta da Ministra Ellen Gracie e determinou a imediata execução da condenação penal, com suporte em idêntica fundamentação, é dizer, o nítido viés protelatório da interposição de sucessivos recursos como forma de retardar o cumprimento da pena.

Tais precedentes, no meu sentir, apenas vêm no sentido de conferir razoabilidade àquela interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, de forma a compatibilizar o princípio da presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência, como preferem alguns), sob a ótica de uma garantia de preservação do status libertatis do indivíduo, com a preocupação de demora excessiva para a formação da coisa julgada, ocasionada, segundo as palavras do Ministro Francisco Rezek, pelas "extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro".

Alfim, é interessante observar o que se tem afirmado no Superior Tribunal de Justiça, frente a julgamentos desgarrados da orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal; exemplificativamente, transcrevo trecho do voto proferido pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, no HC 305.315 (6ª Turma, DJe 22-6-2015):

"(...) A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que 'toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal' (RHC 47.588/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 4/8/2014).

Isso significa dizer que, para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (fundamentação ope legis).

Dito de outro modo, para a decretação da prisão preventiva, são necessários prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (fumus comissi delicti), bem como ao menos uma das exigências cautelares previstas no art. 312 do Código de Processo Penal (periculum libertatis).

Ademais, desde o julgamento do HC n. 84.078-MG, pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a vedar a execução provisória da pena, que até então ocorria após o julgamento dos recursos ordinários, perante os tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais. Admitia-se tal interpretação por obediência estrita à letra do art. 637 do CPP, que confere efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário (e, por extensão, ao especial).

Eis a ementa do referido julgado:

(...)

Assim, soa desarrazoado e injustificável que, anos após a publicação desse acórdão - ao qual já seguiram tantos outros, em igual sentido -, se persista na adoção de um entendimento que não se compatibiliza com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição da República, no que diz com a presunção de inocência, positivada no art. 5º, LVII.

Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram uma resistência estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciais, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República.

Em verdade, como dito por Mitidiero,

*A violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça **é uma insubordinação institucional da mais alta gravidade no Estado Constitucional.** E isso não só pelo fato de existir uma divisão de trabalho muito clara entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, mas fundamentalmente pelo fato de **a violação ao precedente encarnar um duplo e duro golpe no Direito - a um só tempo viola-se autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição e da legislação infraconstitucional federal.***

[MEH©/LMF]

7866544.V011_28/36

5008572-31.2012.404.7002





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

*Nesse contexto, afastar-se do precedente deve ser visto como uma **falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito.** Em duas palavras, deve ser visto como uma **evidente arbitrariedade'** (MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96-97)*

No mesmo sentido, a doutrina de Marinoni:

*O juiz é uma peça no sistema de distribuição de justiça e não alguém que é investido de poder estatal para satisfazer as suas vontades. A absurda e impensada ideia de dar ao juiz, o poder de **julgar o caso como quiser, não obstante ter o tribunal superior já conferido os seus contornos, é hoje completamente insustentável.** Evidentemente o juiz não é um subalterno do tribunal superior, mas o Judiciário é um sistema em que os órgãos judiciais têm competências distintas; a jurisdição é uma e atua mediante juízos de primeiro grau, tribunais e supremas cortes. (MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.130)*

*Sob essas considerações, verifico que o acórdão impugnado deu à prisão o nítido caráter de **execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação.** Confirmando, a propósito, conforme consulta na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **não ter ocorrido ainda o trânsito em julgado da condenação,** em virtude da interposição de agravo em recurso especial (AREsp n. 642.837-RJ).*

Fato é que o Colegiado estadual não apontou sequer a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal para dar à segregação o possível cunho cautelar. Antes, determinou a prisão do paciente sem qualquer fundamentação.

*Releva enfatizar, posto que óbvio, que **o exaurimento das instâncias ordinárias, por si só, não exime o tribunal de fundamentar, em termos concretos e à luz do art. 312 do CPP, a segregação cautelar do(s) réu(s), na oportunidade da confirmação da sentença condenatória.***

*Isso significa dizer que o colegiado não está livre do esforço judicial para externar motivação consistente e irreprochável quanto à necessidade da prisão cautelar antes do trânsito em julgado do édito condenatório, **ainda mais na hipótese em que foi facultado ao réu o apelo em liberdade.** (...)" (destaques meus e do original)*

Essas mesmas advertências constam de outros habeas corpus de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, também julgados pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a saber: HC 263.671, DJe 13-10-2014; HC 273.230, DJe 05-12-2014; HC 285.560, DJe 31-3-2015; e HC 298.534, DJe 24-6-2015. E,





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

ainda, adotando a orientação exarada no multicitado leading case, cito os seguintes arestos do Tribunal da Cidadania: HC 124.954, 5ª Turma, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, DJe 06-12-2010; HC 203.984, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 17-8-2011; STJ, HC 212.814, 6ª Turma, Rel.ª Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), DJe 28-11-2012; HC 278.202, 6ª Turma, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 12-12-2013; HC 296.925, 5ª Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 27-8-2014, e HC 311.195, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 07-4-2015.

Diante de todo esse cenário, não vejo motivos para se pretender arrear a orientação, tantas vezes ratificada, do Tribunal ao qual incumbe a tarefa de ser o Intérprete Máximo da Constituição, ainda que, do debate teórico acerca da interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Carta Cidadã, possa vir a, eventualmente, concordar com a visão segundo a qual o juízo de culpabilidade esgota-se nas instâncias ordinárias, considerando, sobretudo, a vedação de reexame de matéria de fato (prova) em sede extraordinária (súmula 279 do STF) e especial (súmula 07 do STJ).

Assim, quanto ao ponto, divirjo do Relator e do Revisor, não devendo os réus serem privados da liberdade antes que a condenação nos presentes autos alcance definitividade com o exaurimento de todos os graus de jurisdição, exceto se configuradas intercorrências em que nítido o propósito de procrastinar ou protelar o cumprimento da pena.

Pois bem.

A respeito do tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal havia firmado o entendimento expresso no julgado que traz a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

4. *A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.*

5. *Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".*

6. *A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.*

7. *No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.*

8. *Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem*





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

concedida.(HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Todavia, esse entendimento foi recentemente alterado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292.

Na verdade, referido Habeas Corpus foi inicialmente distribuído à 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal.

O Relator, Ministro Teori Albino Zavascki, deferiu a medida liminar.

Destacam-se, na decisão que, nos autos do referido habeas corpus, deferiu a medida liminar, os seguintes trechos:

Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada:

(...)

4. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso, ou contramandado de prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República. Intime-se. Publique-se.

A 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal afetou o julgamento do aludido Habeas Corpus ao Plenário daquele Tribunal.

O sumário da decisão tomada por aquele Colegiado é o seguinte:





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016.

A respeito da referida decisão, foi publicada, em 17-02-2016, na página do Supremo Tribunal Federal, na internet, a seguinte notícia:

Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF

Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

O habeas corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

O caso envolve um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Para a defesa, a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Relator

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau,





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. "Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado", afirmou.

Como exemplo, o ministro lembrou que a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado. "A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado".

No tocante ao direito internacional, o ministro citou manifestação da ministra Ellen Gracie (aposentada) no julgamento do HC 85886, quando salientou que "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte".

*Sobre a possibilidade de se cometerem equívocos, o ministro lembrou que existem instrumentos possíveis, como medidas cautelares e mesmo o **habeas corpus**. Além disso, depois da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, os recursos extraordinários só podem ser conhecidos e julgados pelo STF se, além de tratarem de matéria eminentemente constitucional, apresentarem repercussão geral, extrapolando os interesses das partes.*

O relator votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Divergência

A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do habeas corpus.

Embora o respectivo acórdão ainda não haja sido publicado, evidencia-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal alterou sua orientação a respeito do tema.

À luz de sua nova orientação, verifica-se que, cumprido o duplo grau de jurisdição, independentemente do cabimento ou mesmo da interposição de eventual recurso especial ou extraordinário, a execução da pena pode iniciar-se:





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

a) quando se completar o julgamento da apelação criminal, exceto quanto à parcela do julgado que puder dar ensejo à interposição de embargos infringentes e de nulidade;

b) quando transcorrer in albis o prazo para a interposição de embargos infringentes e de nulidade, no que tange à parcela do julgado que poderia dar ensejo à sua interposição;

c) quando se completar o julgamento dos embargos infringentes e de nulidade eventualmente interpostos, na porção que, impugnável por meio deles, constituir seu objeto.

Cabe ainda referir que:

a) o julgamento da apelação criminal completa-se com o julgamento dos embargos de declaração eventualmente interpostos do acórdão que a tiver julgado;

b) o julgamento dos embargos infringentes e de nulidade completa-se com o julgamento dos eventuais embargos de declaração interpostos do acórdão que os tiver julgado;

c) a eventual interposição abusiva de embargos de declaração, uma vez reconhecida, não constituirá óbice ao início da execução da pena, quando este for cabível.

No que tange à medida a ser manejada, ela consistirá no encaminhamento de comunicado ao juízo de origem, dando-lhe ciência do preenchimento das condições necessárias ao início da execução da pena, e determinando-lhe que a deflagre.

Além disso, quando necessário, caberá à Secretaria do Tribunal providenciar a remessa, à Vara de origem, das peças necessárias à formação ou à complementação do processo de execução penal.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento aos embargos infringentes e de nulidade.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO



Documento eletrônico assinado por **Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7866544v11** e, se solicitado, do código CRC **F73A4201**.

