

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REDATOR DO	: MIN. ROBERTO BARROSO
ACÓRDÃO	
RECTE.(S)	: JOÃO RODRIGUES
ADV.(A/S)	: ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES
ADV.(A/S)	: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)
RECDÓ.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: ELOI TREVISAN
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES
ADV.(A/S)	: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: LUIZ HENTZ
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: CLAUDIO PEDRO UTZIG

V O T O – V O G A L

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 e à pena de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo diploma legal, sendo que os fatos apurados na ação penal se deram em 8/2/1999, ocasião em que se encontrava no exercício do cargo de prefeito de Pinhalzinho/SC. Fixou-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção.

Inconformada, a defesa opôs sucessivos Embargos de Declaração, todos rejeitados. Na sequência, interpôs Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, no qual alegou: (i) a incompetência da Justiça Federal para

RE 696533 / SC

processar e julgar o feito, uma vez que os recursos federais repassados ao Município de Pinhalzinho mediante “Contrato de Repasse” teriam sido incorporados ao patrimônio daquela municipalidade; (ii) a inépcia da denúncia; (iii) a atipicidade da conduta praticada pelo paciente, uma vez que não acarretou dano ao erário, tampouco foi comprovado que resultou na obtenção de vantagem ilícita; (iv) nulidade do processo a partir do julgamento dos terceiros embargos de declaração, tendo em vista o disposto no art. 471 do Código de Processo Civil de 1973 c/c art. 3º do Código de Processo Penal, bem como o disposto no art. 84, também do CPP; (v) nulidade da decisão pela qual foi negado seguimento aos terceiros embargos de declaração (DOC 4 – 258/261), por entender caracterizada ofensa aos arts. 619 e 620 do CPP; (vi) devem ser excluídas da dosimetria da pena as “circunstâncias do crime”, ante a caracterização de *bis in idem*.

Concomitantemente, a defesa interpôs Recurso Extraordinário, fundamentado no art. 102, III, “a” da Constituição Federal, em que requereu o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o caso, assim como a falta de atribuição do Ministério Público Federal para nele atuar, em face da ausência de interesse da União, ante a incorporação da verba objeto de repasse federal ao patrimônio municipal.

Os recursos excepcionais foram admitidos pelo TRF da 4ª Região e, em razão da superveniente diplomação do paciente como deputado federal, os autos de ambos os recursos (EXTRAORDINÁRIO e ESPECIAL) foram remetidos ao STF.

Em 30/4/2013, o Relator, Min. LUIZ FUX negou seguimento ao recurso extraordinário, razão pela qual a defesa interpôs agravo regimental. Em setembro de 2016, a Primeira Turma negou provimento ao agravo regimental (interposto contra a decisão proferida no recurso extraordinário) e, na mesma assentada, ao recurso especial (DOC 11).

Opostos, em seguida, embargos de declaração, estes foram acolhidos, com a determinação de novo julgamento tão somente do

RE 696533 / SC

Recurso Especial, em acórdão assim ementado:

1. O julgamento de recurso especial deve se dar em ambiente físico, diante da inexistência de norma regimental que autorize o julgamento pelos meios eletrônicos.

2. O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando, após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional.

3. O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, remetido ao Supremo Tribunal Federal em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

4. Embargos de declaração acolhidos para determinar novo julgamento do recurso especial, em ambiente presencial, perante a 1ª Turma desta Corte.

Em 28/11/2017, o juízo de origem trouxe aos autos peça informativa em que alertou para a iminência da prescrição da pretensão punitiva, a ser consolidada em 12 de fevereiro de 2018 (DOC 40).

Instado a se manifestar, o Ministério Público requereu a execução provisória da condenação (DOC 42).

Feita essa retrospectiva dos fatos, passo ao VOTO.

Desde logo, adiro aos fundamentos do Ministro ROBERTO BARROSO para não conhecer do Recurso Especial.

Especificamente no tocante à execução provisória da pena, cumpre-me fazer algumas observações.

A *presunção de inocência* é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e está prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão,

promulgada em 26/8/1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”).

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual como inocente em todos os seus aspectos; (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

No direito brasileiro, a *presunção de inocência* é consagrada constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, ao estabelecer que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Com razão o eminente Ministro CELSO DE MELLO, Decano desta CORTE, quando alerta ser “*mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência*” (voto no HC 126.292), em face da redação constitucional que se refere ao “*trânsito em julgado*”.

A condicionante constitucional ao “*trânsito em julgado*”, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º.

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência

de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve:

“considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementaridade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRIA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho*. Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade.

A eficácia do princípio do *juiz natural* exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a

RE 696533 / SC

criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

A eficácia do *princípio da tutela judicial efetiva* estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“*direito de recorrer*”), visando assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

A eficácia do *devido processo legal* estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade – cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º LXI) –, quanto no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando impedir o arbítrio do Estado.

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do *princípio da ampla defesa* estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do *princípio do contraditório*, enquanto exteriorização da ampla defesa será respeitada quando houver a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal.

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto

RE 696533 / SC

constitucional estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da *presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1^a quanto em 2^a instância, por possuírem cognição plena.

Da maneira, respeitadas essas três exigências básicas haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante a análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, consequentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva* e *do juízo natural*, com a possibilidade das condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “*congelamento de sua efetividade*” pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário; uma vez que, essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário; definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória final de segundo grau – esgotada sua jurisdição –, escrita e fundamentada mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça, nem tampouco o Supremo Tribunal Federal –, seria

atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional*, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o *método da justeza ou conformidade funcional*, que aponta como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade dos órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (*Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss).

O “*esquema organizatório-funcional*” estabelecido pelo legislador constituinte no tocante a persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro NÉRI DA SILVEIRA denominava de “*juízo de consistência*” (HC 72.366/SP).

Essa análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, pois em relação a essas Cortes a competência constitucional é restrita, não permitindo nova análise da justiça ou injustiça da valoração probatória realizada pelos juízos ordinários competentes.

Esse mesmo “*esquema organizatório-funcional*” autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e, reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após o esgotamento da análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos

RE 696533 / SC

dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

A *tutela judicial efetiva*, inclusive, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o transito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

Em que pese a respeitável posição em contrário, em quase 30 (trinta) anos do texto constitucional foi essa a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal por aproximadamente 23 (vinte e três) anos. Da promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 até a decisão de 5 de fevereiro de 2009 (HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU) e, posteriormente, de 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI) – com a confirmação em repercussão geral no ARE 964246, em 10 de novembro de 2016 – até o presente momento.

Durante mais de duas décadas, interpretando o alcance do artigo 5º, inciso LVII da Constituição de 1988, a CORTE considerou que a *presunção de inocência* não impedia o início da execução provisória de pena após o esgotamento do julgamento da apelação em segunda instância – ou mesmo quando o julgamento pelo Tribunal fosse proferido em instância única, em razão de foro por prerrogativa de função.

Em 28 de junho de 1991, o primeiro julgamento nesse sentido foi unânime, ausentes, ocasionalmente, o Ministro Sydney Sanches, Presidente, e os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello (HC 68726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA), tendo o PLENÁRIO DA CORTE definido:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669.

A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

Posteriormente, em 18 de dezembro de 1992, o posicionamento do TRIBUNAL foi confirmado no HC 69.964, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, com apenas dois votos vencidos (Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE):

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIARIO DE PROGRESSAO DE REGIME. Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF. De outra parte, não configura constrangimento ilegal a falta de progressão no regime de cumprimento da pena, se o paciente ainda se acha, a requerimento próprio, fora do sistema penitenciário, em prisão

especial, onde se torna impossível, por absoluta falta de meios, a realização do exame criminológico que, no caso, constitui pressuposto necessário a concessão do benefício (art.112, parágrafo único, c/c art. 8, da LEP). Pedido indeferido”.

Inúmeros outros julgados afirmaram e reafirmaram a tese, dos quais menciono apenas alguns:

“Contra decisão condenatória, proferida em única instância por Tribunal estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária – especial ou extraordinário – sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes do seu trânsito em julgado” (HC 67.968, rel. Min. PAULO BROSSARD j. 28.8.92).

“O julgamento do recurso de apelação, com desfecho condenatório, sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão, não impede a prisão do réu. O direito do condenado permanecer em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários. Os recursos de natureza extraordinária não têm efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei 8.038/90). A jurisprudência do STF não vê incompatibilidade entre o que diz a lei e o disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Recurso improvido.” (RHC 71959-7/RS, 2ª. Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. 3.2.1995,).

“O inciso LVII do art. 5º da CF, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, impede, apenas, que o nome do réu seja desde logo lançado no rol dos culpados, mas não é obstáculo à sua prisão imediata, conforme precedente do Plenário do STF.” (HC 73.968, rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 14.5.96).

“Firmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que não ofende o disposto no artigo 5º, LVII da Constituição a prisão imediata do condenado por decisão sujeita apenas a

RE 696533 / SC

recursos sem efeito suspensivo, como o extraordinário e o especial." (HC n. 75.233-1, 1^a Turma, rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES).

"A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção de inocência. *Habeas corpus indeferido.*" (HC 90.645, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 11.9.2007).

No voto proferido no RHC 71.959-7/RS, julgado em 3 de fevereiro de 1995, portanto, há exatos 23 anos, o relator Min. FRANCISCO REZEK fez considerações que permanecem atuais:

"(...) exaurido o primeiro grau de jurisdição penal com uma sentença condenatória, e exaurido o segundo grau com a confirmação da mesma – cabendo ainda recursos, mas de natureza não ordinária; cabendo recursos tão-só pela superabundante generosidade do sistema processual brasileiro – pode ter início a execução da sentença condenatória com o recolhimento do réu à prisão. O que me pareceu, desde o início, é que uma interpretação radical do preceito atinente à presunção de inocência faria sentido se pudéssemos combiná-la, dentro de certa ordem jurídica, com alguma parcimônia, com alguma compostura legislativa na determinação das regras de processo. Isso faria sentido num país onde não fosse tão longa a trilha recursiva possível no processo comum; onde, esgotadas as instâncias ordinárias, o processo pudesse dar-se por findo, não se abrindo válvulas especiais ou extraordinárias de recurso. Pareceu à maioria, portanto, que a maneira sensata de interpretar a regra constitucional da presunção de inocência é aquela que compatibiliza, de algum modo, o sentido nobre da regra com o fato de que nossa sistemática processual é superabundante em matéria de recursos. Podemos, então,

admitir o início de execução da sentença penal condenatória quando exauridas as instâncias ordinárias, não obstante a pendência, como neste caso, de um recurso especial – de resto trancado na origem, e para cujo destrancamento se tenta a via estreita do agravo de instrumento.”

A possibilidade de execução provisória da pena, inclusive, foi o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas em sessão Plenária de 24/09/2003:

SÚMULA 716: 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.

SÚMULA 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Trata-se do mesmo entendimento no ordenamento jurídico do Direito Comparado, que, no máximo exige para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292).

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 60, 2 – consagram o princípio da *presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*”, que, inclusive

RE 696533 / SC

analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004*; *Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004*; *Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011*; *Mohamed vs. Argentina, 2012*):

“identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa”.

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados; ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau.

Esse entendimento, conforme anteriormente mencionado, é aplicável integralmente a todas as hipóteses excepcionais de prerrogativa de foro, onde constitucionalmente o Tribunal competente (órgão colegiado) é o único órgão do Poder Judiciário com competência originária e exclusiva para a análise do mérito da ação penal, com ampla cognição probatória.

O esgotamento legal da jurisdição de segundo grau ou do Tribunal competente nas hipóteses de prerrogativa de foro encerram a

RE 696533 / SC

possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral, permitindo a execução provisória da pena em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional, que sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078) manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo transito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Em conclusão, NÃO CONHEÇO do presente Recurso Especial. Entendendo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, voto pela DECRETAÇÃO DA IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.