



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
3ª Câmara de Direito Criminal

**Registro: 2018.0000966107**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0045363-67.1997.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante LIBERATO JOSE SILVA NETO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso de Apelação do réu Liberato José, a fim de: a) declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade superveniente, quanto aos crimes de ocultação de cadáver e de tentativa de homicídio; e b) redefinir o regime prisional do réu, quanto aos dois crimes de homicídio consumado, para o inicial fechado, mantidos os demais aspectos da r. sentença condenatória. Oficie-se ao Juízo de Origem, com recomendação de diligências tendentes ao efetivo cumprimento do mandado de prisão já expedido, para evitar a prescrição quanto aos crimes de homicídios qualificados consumados (réu foragido desde 1999). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), ÁLVARO CASTELLO E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 27 de novembro de 2018

**AIRTON VIEIRA**  
**RELATOR**  
**Assinatura Eletrônica**

**Apelação Criminal n. 0045363-67.1997.8.26.0405**

**Apelante: Liberato José Silva Neto**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Origem: Tribunal do Júri da Comarca de Osasco**

**MM. Juiz de Direito: Marco Antonio Martin Vargas**

**Voto n. 9.944**

APELAÇÃO. TRÊS HOMICÍDIOS DOLOSOS QUALIFICADOS (DOIS CONSUMADOS E UM TENTADO). OCULTAÇÃO DE CADÁVER. (1) RECURSO ANTERIORMENTE JÚLGADO DESERTO ANTE A FUGA DO RÉU. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STF, DO STJ E DO TJSP. (2) PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE QUANTO ÀS PENAS DOS CRIMES DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO E DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. (3) APELAÇÃO CONTRA DECISÃO DO JÚRI (CRIMES DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADOS). SOBERANIA DOS VEREDICTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO QUE NÃO PODE SER TIDA POR MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. (4) REVISÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE JUSTIFICADA (DUPLICIDADE DE QUALIFICADORAS). CONCURSO MATERIAL ACERTADAMENTE RECONHECIDO. (5) REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. REVISÃO. POSSIBILIDADE. REDEFINIÇÃO PARA REGIME INICIAL FECHADO. (6) EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. (7) RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO E DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER E PARA REDEFINIR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO PARA O INICIAL FECHADO, COM RECOMENDAÇÃO.

1. Nada obsta o conhecimento do presente recurso, a despeito da anterior declaração de deserção fundada na fuga do réu. Afora a revogação do art. 595, do Código de Processo Penal, de há muito pacificou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a exigência de recolhimento do réu à prisão, bem como de sua permanência no cárcere, para a admissibilidade do seu recurso de Apelação, não foi recepcionada pela Constituição Federal, cumprindo ao Tribunal "ad quem" conhecer do recurso defensivo. Jurisprudência do STF (HC 92439/DF - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - j. 15/02/2011; HC 98987 QO/RS - Pleno - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 13/05/2009; HC 85369/SP - Pleno - Rel. Min. Cármen Lúcia - j.

26/03/2009; HC 85961/SP - Pleno - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 05/03/2009; HC 91945/SP - 2ª T. - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 24/06/2008; HC 92006/SP - 2ª T. - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 24/06/2008), do STJ (RHC 44665/RJ - 6ª T. - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. 17/03/2015), e do TJSP (Apelação n. 0004377-93.2008.8.26.0564 - 4ª Câmara de Direito Criminal - Rel. Des. Luis Soares de Mello - j. 22/01/2013).

2. Ainda em caráter preliminar, cumpre reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade superveniente, quanto aos crimes de ocultação de cadáver e de tentativa de homicídio, considerando as penas concretamente aplicadas para esses dois delitos (art. 109, II e V, e art. 110, §1º, ambos do Código Penal).

3. O Júri é soberano para escolher qualquer das vertentes probatórias ou interpretativas que lhe são trazidas à apreciação (ainda que se trate da diretriz minoritária ou menos verossímil). Apenas o julgamento sem amparo em nenhum elemento probatório enseja a possibilidade de sujeitar o réu, por mais uma vez, a novo julgamento popular (art. 593, III, "d", e §3º, do Código de Processo Penal). Escólio doutrinário (Guilherme de Souza Nucci e José Frederico Marques) e jurisprudência do STF (HC 107906/SP - Rel. Min. Celso de Mello - Decisão Monocrática proferida com fundamento em questão que constitui "objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal", conforme art. 192, do RISTF - j. 08/04/2015). No caso concreto, os Juízes leigos reconheceram as materialidades e as autorias dos crimes pelos quais o réu se viu condenado. Ademais, refutaram a hipótese da ausência de "animus necandi", respondendo negativamente o quesito relativo à absolvição do ora apelante, e, por fim, reconheceram as qualificadoras descritas na denúncia. E o fizeram amparados em provas efetivamente constantes do caderno processual, o que leva à necessidade da manutenção do decisório.

4. Para os dois crimes de homicídio qualificado consumado, as penas-base do réu foram definidas em 14 (catorze) anos de reclusão, o que se justifica no caso concreto ante a duplicidade de qualificadoras. Havendo duas ou mais qualificadoras, é possível adotar uma delas para o fim de caracterizar o tipo penal qualificado e outra, ou outras, para exasperar a pena-base, ou para agravar a sanção penal, quando caracterizar circunstância judicial ou legal negativa. Escólio doutrinário (Guilherme de Souza Nucci e Victor Eduardo Rios Gonçalves) e jurisprudência do STF (HC 95157/RJ - 2ª T. - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 16.11.2010) e do STJ (AgRg no REsp 1608983/SP - 5ª T. - Rel. Min. Jorge Mussi - j. 04.10.2016 - DJe 14.10.2016; HC 358.679/SP - 5ª T. - Rel. Min. Jorge Mussi - j. 23.08.2016 - DJe 31.08.2016; REsp 1395088/RS - 6ª T. - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - j. 17.12.2015 - DJe 02.02.2016). Nas demais etapas, nada havia a ser considerado, devendo as penas-finais ser mantidas em 14 (catorze) anos de reclusão, para cada crime de homicídio qualificado consumado, chegando-se à pena total de 28 (vinte e oito) anos de reclusão, uma vez caracterizado o concurso material de crimes. De fato, considera-se absolutamente incabível falar em continuidade delitiva, uma vez que os crimes, conquanto conexos, foram praticados em circunstâncias de tempo e lugar distintas, e além disso,

mediante formas de execução diferentes.

5. Um único reparo deve ser feito na definição da pena do réu, uma vez que o regime integral fechado foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante n. 26), afora a reforma legislativa da redação original do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90 (pela Lei n. 11.464/07). Portanto, deve-se aplicar a regra geral do Código Penal, à luz da qual cumpre estabelecer o regime inicial fechado para o sentenciado, considerando a quantidade de pena e a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 33, §2º, "a", e §3º, do Código Penal), razões essas, aliás, que obstaculizam a concessão dos benefícios da substituição ou da suspensão condicional da pena privativa de liberdade.

6. Expedição de mandado de prisão. As condenações criminais a penas privativas de liberdade, confirmadas em v. Acórdãos deste Tribunal de Justiça, autorizam a expedição de mandado de prisão. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, exigem garantia de acesso ao duplo grau de jurisdição (e não ao "infindável" grau de jurisdição). Os Recursos Especiais e Extraordinários, direcionados aos Tribunais Superiores, não têm, em regra, efeito suspensivo. Assim, consoante o recente julgamento, no STF, do HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki (confirmado, em data mais recente, no julgamento das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e n. 44), possível determinar a expedição de mandado prisional em desfavor do réu. Precedente do STJ (REsp n. 1484415/DF - 6ª T. - Trecho do Voto Vencedor do Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - j. 03.03.2016). De fato, têm-se inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal, em suas muitas composições, respaldando o entendimento aqui adotado, diretriz que preponderou na Corte desde a entrada em vigor da Constituição Federal até o ano de 2009 (HC 67199 - 2ª T. - Rel. Min. Célio Borja - j. 25.04.1989 - DJ 28-09-1990; HC 68037 - 2ª T. - Rel. Min. Aldir Passarinho - j. 10.05.1990 - DJ 21-05-1993; RHC 67857 - 2ª T. - Rel. Min. Aldir Passarinho - j. 19.06.1990 - DJ 12-10-1990; HC 69039 - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso - j. 17.12.1991 - DJ 10-04-1992; HC 69083 - 2ª T. - Rel. Min. Célio Borja - j. 25.02.1992 - DJ 08-05-1992; HC 69176 - 2ª T. - Rel. Min. Paulo Brossard - j. 15.09.1992 - DJ 23-10-1992; HC 69605 - 1ª T. - Rel. Min. Octavio Gallotti - j. 13.10.1992 - DJ 04-12-1992; HC 69964 - Pleno - Rel. Min. Ilmar Galvão - j. 18.12.1992 - DJ 01-07-1993; Pet 721 AgR - 1ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - j. 18.05.1993 - DJ 13-08-1993; HC 70363 - 2ª T. - Rel. Min. Néri da Silveira - j. 08.06.1993 - DJ 03-12-1993; HC 70351 - 2ª T. - Rel. Min. Paulo Brossard - j. 22.03.1994 - DJ 10-06-1994; HC 71443 - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Rezek - j. 04.10.1994 - DJ 21-06-1996; RHC 71959 - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Francisco Rezek - j. 03.02.1995 - DJ 02-05-1997; HC 72102 - 1ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - j. 14.02.1995 - DJ 20-04-1995; HC 72077 - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa - j. 03.03.1995 - DJ 16-06-1995; HC 72162 - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 07.03.1995 - DJ 05-05-1995; HC 71723 - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - j. 14.03.1995 - DJ 16-06-1995; HC 72061 - Pleno - Rel. Min. Carlos Velloso - j. 26.04.1995 - DJ 09-06-1995; HC 72155 - 2ª T. - Rel. Min.

Francisco Rezek – j. 20.06.1995 – DJ 03-05-1996; HC 72171 – 1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 22.08.1995 – DJ 27-10-1995; HC 72518 – 1ª T. – Rel. Min. Octavio Gallotti – j. 29.08.1995 – DJ 27-10-1995; HC 72610 – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – j. 05.12.1995 – DJ 06-09-1996; HC 73186 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – j. 15.12.1995 – DJ 29-03-1996; HC 73151 – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – j. 18.12.1995 – DJ 19-04-1996; HC 72689 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 02.04.1996 – DJ 17-05-1996; HC 73792 – 1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 21.05.1996 – DJ 06-09-1996; HC 74850 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – j. 08.04.1997 – DJ 22-09-2000; HC 75233 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Rel. p/ Acórdão: Min. Moreira Alves – j. 23.09.1997 – DJ 19-11-1999; Pet 1324 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – Rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim – j. 23.03.1998 – DJ 24-03-2006; HC 77173 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 17.11.1998 – DJ 27-04-2001; RHC 79972 – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 22.02.2000 – DJ 13-10-2000; RHC 80091 – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – j. 25.04.2000 – DJ 16-06-2000; HC 80174 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 06.06.2000 – DJ 12-04-2002; HC 80939 – 1ª T. – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 06.08.2002 – DJ 13-09-2002; HC 82490 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 29.10.2002 – DJ 29-11-2002; HC 84235 – 2ª T. – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 14.09.2004 – DJ 15-10-2004; HC 84909 – 2ª T. – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 22.02.2005 – DJ 06-05-2005; HC 84500 – 2ª T. – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 23.08.2005 – DJ 14-10-2005; HC 86328 – 1ª T. – Rel. Min. Eros Grau – j. 27.09.2005 – DJ 14-10-2005; HC 86628 – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 29.11.2005 – DJ 03-02-2006; HC 85616 – 1ª T. – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 24.10.2006 – DJ 17-11-2006; HC 89175 – 1ª T. – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 06.02.2007 – DJ 23-03-2007; HC 89952 – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 15.05.2007 – DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007; HC 91675 – 1ª T. – Rel. Min. Carmen Lúcia – j. 04.09.2007 – DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007; HC 90645 – 1ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Menezes Direito – j. 11.09.2007 – DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007). A condenação no âmbito do Tribunal do Júri, por si só, também autoriza a imediata prisão do sentenciado, por força do princípio da soberania dos veredictos (STF – HC n. 133528 – 1ª T. – Rel. Min. Alexandre de Moraes – j. 06/06/2017; HC 118770 – Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso – 1ª T. – j. 07/03/2017).

7. Recurso defensivo parcialmente provido, a fim de: a) declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade superveniente, quanto aos crimes de ocultação de cadáver e de tentativa de homicídio; b) redefinir o regime prisional do réu, quanto aos dois crimes de homicídio qualificado consumado, para o regime inicial fechado, mantidos os demais aspectos da r. sentença condenatória e recomendando-se ao Juízo de Origem diligências tendentes ao efetivo cumprimento do mandado de prisão já expedido.

## **VOTO**

Liberato José Silva Neto, em concurso com outros corréus, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, §2º, I e IV (vítima José Carlos), do art. 121, §2º, IV e V (vítima Camila da Silva), do art. 121, §2º, IV e V, combinado com o art. 14, II (vítima Renata Ferreira), e do art. 211, "caput" (vítima José Carlos), na forma do art. 29, "caput", e do art. 69, "caput", todos do Código Penal, em razão de fatos ocorridos em 04/04/1997 (fls. 02/07).

A denúncia foi recebida em 30/07/1997 (fls. 575/577), e os autos foram desmembrados em relação aos diversos acusados (fls. 597 e 1.102/1.103).

Após o juízo de formação da culpa, o Juiz de Direito de Origem proferiu a decisão de pronúncia em desfavor do réu Liberato José (ora apelante), decisão datada de 06/07/1998 (fls. 1.164/1.170).

Ao final, sufragando-se os veredictos do Tribunal do Júri da Comarca de Osasco, e reafirmando-se a decisão do Conselho Popular, proferida em 16/06/1999, o réu Liberato José foi condenado nos seguintes termos: a) pena de 14 (catorze) anos de reclusão, regime integral fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, §2º, I e IV, do Código Penal, e de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 211, "caput", do Código Penal, ambos na forma do art. 29, "caput", do mesmo Diploma (vítima José Carlos); b) pena de 14 (catorze) anos de reclusão, regime integral fechado, pela prática do crime do art. 121, §2º, IV e V, combinado com o art. 29, "caput", ambos do Código Penal (vítima Camila da Silva); c) pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, regime integral fechado, pela prática da infração constante do art. 121, §2º, IV e V,

combinado com o art. 14, II, e com o art. 29, "caput", todos do Código Penal (vítima Renata Ferreira). Ademais, foi reconhecido o concurso material de crimes, definindo-se a pena final total do réu em 38 (trinta e oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, observados os mencionados regimes prisionais, negando-se o direito de recorrer em liberdade (fls. 1.435/1.437).

Inconformada com a decisão condenatória, a defesa do réu Liberato José interpôs o presente recurso de Apelação, com fundamento legal no art. 593, III, "c" e "d", do Código de Processo Penal. Numa síntese, pleiteou a anulação do julgamento, sustentando que a decisão dos Jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos quanto ao reconhecimento da materialidade e da autoria dos fatos, e subsidiariamente, sustentou a tese da ausência de "animus necandi" e da continuidade delitiva, pugnando pela redução das penas estabelecidas na r. sentença (fls. 1.448/1.451).

Em contrarrazões, o Ministério Público procurou rebater as alegações da defesa (fls. 1.453/1.456).

Chamada à fala, a Procuradoria Geral de Justiça apresentou uma primeira manifestação no sentido de ser desprovido o recurso da defesa (fls. 1.468/1.471).

Em seguida, sobreveio r. decisão da então 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando deserta a Apelação, em razão da notícia de superveniente fuga do réu da prisão, decisão datada de 08/05/2000 (fls. 1.479/1.480 e 1.483).

Os autos retornaram à Origem, onde, sem sucesso, foram efetuadas tentativas de localização e prisão do incriminado Liberato José, até que, transcorridos vários anos, foi proferido r. despacho determinando o retorno dos autos à 2ª Instância, diante da revogação do art. 595, do Código de

Processo Penal, decisão datada de 08/06/2017 (fls. 1.556).

Os autos foram distribuídos, por prevenção, ao meu antecessor na Cadeira, Des. Cesar Mecchi Morales, em 25/08/2017 (fls. 1.568).

Por fim, foi aberta nova vista à Procuradoria Geral de Justiça, a qual apenas reiterou a anterior manifestação, a fim de ser negado provimento ao recurso da defesa, conforme Parecer subscrito em 14/02/2018 (fls. 1.569/1.573).

**É o relatório que se acresce ao da r. sentença.**

O recurso da defesa deve ser conhecido e comporta parcial provimento, a fim de ser reconhecida a prescrição quanto aos crimes de ocultação de cadáver e de tentativa de homicídio, bem como para se redefinir o regime prisional dos dois crimes de homicídio qualificado consumado para o regime inicial fechado.

De início, entendo não haver impedimento ao conhecimento do presente recurso de Apelação.

Com efeito, depois da declaração de deserção, proferida pela então 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 1.483), o art. 595, do Código de Processo Penal, foi revogado, afastando-se a consequência da deserção para a Apelação do condenado que fugir depois que houver interposto o recurso (Lei n. 12.403/11).

Além disso, de há muito, pacificou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a redação original o art. 595, do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Constituição Federal, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça



passaram **reiteradamente** a determinar o processamento dos recursos de Apelação julgados desertos com base no referido dispositivo legal.

Nesse sentido, cito no Supremo Tribunal Federal:

**“HABEAS CORPUS” – FUGA DO PACIENTE APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO – APELAÇÃO JULGADA DESERTA – DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL FUNDADA NO ART. 595 DO CPP – REGRA LEGAL CONSIDERADA INCOMPATÍVEL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM O MODELO CONSAGRADO NA VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (HC 85.369/SP, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA) – CONTEÚDO NORMATIVO DESSE DISPOSITIVO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL ASSEMELHADO AO DO ART. 594 DO CPP, QUE, NÃO OBSTANTE HOJE DERROGADO (LEI Nº 11.719/2008), JÁ HAVIA SIDO CONSIDERADO INCOMPATÍVEL, POR ESTA SUPREMA CORTE, COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (RHC 83.810/RJ, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DO “DUE PROCESS OF LAW”, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – PEDIDO DEFERIDO.”**

(STF - HC 92439/DF - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - j. 15/02/2011);

**“RECURSO. Apelação. Criminal. Requisitos de admissibilidade. Necessidade de recolher-se à prisão. Inexistência de deserção mediante fuga após interposição do recurso. Arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal. Não recepção pela ordem constitucional vigente.** Autorização para decisão monocrática e definitiva. Questão de ordem resolvida nesse sentido. Os ministros do Supremo Tribunal Federal estão autorizados a decidir, monocrática e definitivamente, recursos e pedidos de habeas corpus em que estejam em discussão os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal, que o Plenário considerou não recebidos pela ordem constitucional vigente.”

(STF - HC 98987 QO/RS - Pleno - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 13/05/2009);

**“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONAL. PENA DE DESERÇÃO. ART. 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OBRIGATORIEDADE DO PROCESSAMENTO DA APELAÇÃO.**

**1. Contraria o direito à ampla defesa a declaração da deserção da apelação em razão do não-recolhimento do condenado à prisão, ou da sua fuga depois de ter apelado.**

2. Entendimento consubstanciado pela jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo (ADI n. 1.976, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.5.2007), e pelas alterações produzidas pela Lei n. 11.719/08, que alteraram a interpretação e a aplicação do art.

595 do Código de Processo Penal, pois, além de se revogar expressamente o art. 594 desse diploma legal, alterou-se o seu art. 387, que passou a estabelecer competir ao juiz decidir, "fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta" (parágrafo único do art. 387).

3. Ordem concedida."

(STF - HC 85369/SP - Pleno - **Rel. Min. Cármen Lúcia** - j. 26/03/2009);

"RECURSO - PRESSUPOSTOS DE RECORRIBILIDADE. Os pressupostos de recorribilidade hão de estar ligados ao inconformismo revelado pela parte, ao próprio recurso interposto. **APELAÇÃO CRIMINAL - DESERÇÃO. Surge extravagante ter-se como deserta a apelação ante o fato de o réu condenado haver empreendido fuga. APELAÇÃO CRIMINAL - DESERÇÃO - ARTIGO 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. O artigo 595 do Código de Processo Penal mostrou-se incompatível com a Constituição Federal de 1988, surgindo, na dicção da ilustrada maioria, a ausência de recebimento do preceito, concluindo o relator pela inconstitucionalidade.**"

(STF - HC 85961/SP - Pleno - **Rel. Min. Marco Aurélio** - j. 05/03/2009);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PENA DE DESERÇÃO. ART. 595, CPP. NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. OBRIGATORIEDADE DA APRECIÇÃO DA APELAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A questão de direito em debate neste writ consiste na vigência (ou não) da regra contida no art. 595, do Código de Processo Penal, ou seja, a declaração de deserção da apelação quando o réu foge após a interposição do recurso.

2. A previsão de pressuposto recursal relacionado à exigência da prisão do condenado para poder apelar (CPP, art. 594), na atualidade, se revela violadora dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LIV e LV), eis que somente se admite a prisão cautelar quando houver a presença dos pressupostos e condições da prisão preventiva (CPP, art. 312).

3. O mesmo raciocínio é válido na leitura interpretativa do art. 595, do Código de Processo Penal, eis que se reconhecida a inconstitucionalidade da exigência de recolhimento do condenado à prisão para poder apelar, também o será a norma que repete a fuga como causa para a deserção da apelação anteriormente interposta. A fuga, assim, seria um pressuposto negativo de admissibilidade do recurso.

4. **Não há mais legitimidade na restrição à interposição de apelação criminal consistente na obrigatoriedade do recolhimento à prisão em razão de sentença condenatória e na deserção na eventualidade de fuga do condenado após a interposição da apelação.**

5. Ordem concedida."

(STF - HC 91945/SP - 2ª T. - **Rel. Min. Ellen Gracie** - j. 24/06/2008);

"AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Prisão. Recurso. **Apelação. Necessidade de se recolher para apelar. Inadmissibilidade. Inconstitucionalidade dos arts. 594 e 595 do CPP.** Reconhecimento, a despeito de a matéria estar submetida ao Pleno (RHC nº 83.810, com vista à Min. ELLEN GRACIE). Recebimento do recurso. HC para esse fim. Voto vencido. **Não obstante a pendência do RHC nº 83.810, no Pleno, concede-se ordem para que se processe apelação de réu condenado a pena privativa de liberdade, sem recolher-se à prisão.**"

(STF - HC 92006/SP - 2ª T. - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 24/06/2008).

Nessa mesma toada, cito no Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. FUGA DO RÉU. APELAÇÃO JULGADA DESERTA. ILEGALIDADE. SÚMULA Nº 347/STJ. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

**1. Se o Tribunal de origem não conheceu da apelação formulada pela Defesa, julgando-a deserta em face da fuga do réu, é manifesta a ilegalidade, nos termos do enunciado nº 347 do STJ, segundo o qual "o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão".**

**2. Recurso provido para determinar que o Tribunal a quo processe e julgue o mérito da apelação interposta pelo ora Recorrente."**

(STJ - RHC 44665/RJ - 6ª T. - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. 17/03/2015).

Menciono, ainda, por oportuno, o seguinte precedente desta Corte em caso análogo ao destes autos:

**"[...] Em que pese o recurso ter sido declarado deserto pela origem, nos termos do antigo e atualmente revogado art. 595, do Código de Processo Penal (f. 151) com certidão de trânsito em julgado para a defesa acostada à f. 155, v. deve ele ser recebido.**

Afinal, respeitada a amplitude de direito de defesa concedida aos processados, seria temerário abstrair-se do conhecimento do recurso. Assim e em tributo ao exercício de defesa da parte, que deve ser sempre amplo, o apelo é conhecido.

Ao fundo. [...]"

(TJSP - Apelação n. 0004377-93.2008.8.26.0564 - 4ª Câmara de Direito Criminal - Rel. Des. Luis Soares de Mello - j. 22/01/2013).

Sigo.

Ainda em caráter preliminar, cumpre reconhecer a prescrição

da pretensão punitiva estatal, na modalidade superveniente, quanto aos crimes de ocultação de cadáver (vítima José Carlos) e de tentativa de homicídio (vítima Renata Ferreira), considerando as penas aplicadas para esses dois delitos.

Com efeito, transitada em julgado para a Acusação a r. sentença condenatória (fls. 1.444v), a prescrição deve ser calculada em função das penas concretamente fixadas (art. 110, §1º, do Código Penal), que no caso, foram de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão para o crime do art. 211, "caput", do Código Penal, e de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para o crime do art. 121, §2º, IV e V, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, de modo que as prescrições ocorrem em 04 (quatro) anos para o primeiro crime e em 16 (dezesseis) anos para o segundo crime (art. 109, II e V, do Código Penal). Conforme se verifica dos autos, tais lapsos prescricionais transcorreram entre a publicação da r. sentença condenatória perante o Tribunal do Júri (em 16/06/1999, fls. 1.439/1.443) e a presente Sessão de julgamento (aliás, transcorreram antes mesmo da distribuição do presente recurso a este Relator, não se olvidando das intercorrências mencionadas no Relatório deste Voto). Assim, importa declarar a extinção da punibilidade em relação aos crimes de ocultação de cadáver e de tentativa de homicídio qualificado.

Adiante.

A discussão que remanesce nos autos refere-se, portanto, aos dois crimes de homicídio qualificado consumado, devendo-se examinar o aspecto probatório da causa naquilo que for relevante para a apuração de tais crimes, ainda que, para tanto, seja necessário levar em consideração alguns fatores referentes aos crimes já alcançados pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

A princípio, importa salientar que a apelação, em sede procedimental do Júri, tem natureza restritiva, seja quando interposta pela defesa seja quando manejada pelo Ministério Público. Com efeito, não devolve à Superior Instância o conhecimento integral da causa. Em outras palavras, prevalece, em casos tais, a vetusta cláusula: "tantum devolutum quantum appellatum". Portanto, o Tribunal "ad quem" deve limitar-se a apreciar os pedidos e fundamentos trazidos pelo recorrente, com vistas à modificação ou nulificação do julgamento profligado. Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 713, em que assentou: "*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*".

No mérito, uma premissa deve, desde logo, ser bem definida: a valoração do conjunto probatório, em sede de julgamento em Plenário do Júri, compete aos Jurados. Não importa que tal decisão seja contrária à convicção íntima do Advogado de defesa, do Promotor de Justiça, do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, ou mesmo dos membros do Tribunal de Justiça competente para julgar a Apelação contra a decisão dos Juízes do Povo. Apenas situações excepcionais justificam a anulação do julgamento com fulcro na contrariedade à prova dos autos. E assim o é por expressa diretriz da nossa Lei Maior, que é a fonte direta de todos os poderes constituídos, inclusive do Judiciário. A soberania dos veredictos foi erigida à categoria de direito fundamental, cláusula pétrea, garantia inquebrantável da sociedade e dos cidadãos submetidos à persecução penal em matéria de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição da República).

Nesse sentido, assinala o doutrinador e Desembargador bandeirante **Guilherme de Souza Nucci**:

"Em suma, não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão *manifestamente* contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente.

Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida."

(Tribunal do Júri, 5ª ed., Forense, 2014).

Em idêntica toada, a lição do notável jurista **José Frederico Marques**, que também muito engrandeceu este Egrégio Tribunal:

"Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na prova, que autoriza a cassação do veredicto: unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontre na prova dos autos é que pode ser invalidada. Desde que uma interpretação razoável dos dados instrutórios justifique o veredicto, deve este ser mantido, pois, nesse caso, a decisão deixa de ser 'manifestamente contrária à prova dos autos'."

(Elementos de direito processual penal, 2ª ed., vol. IV, Campinas, Millennium, 2000).

Esse, igualmente, é o entendimento mais do que assentado no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

**"JÚRI. EXISTÊNCIA DE TESES ANTAGÔNICAS. OPÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA POR UMA DAS VERSÕES. JURADOS QUE SE MANIFESTAM COM APOIO EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NOS AUTOS. LEGITIMIDADE DESSA OPÇÃO. ABSOLVIÇÃO PENAL DO RÉU. REFORMA DO VEREDICTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE O CONSIDEROU MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS (CPP, ART. 593, III, 'd'). OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI (CF, ART. 5º, XXXVIII, 'c'). PRECEDENTES. 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO PARA RESTABELECER A DECISÃO ABSOLUTÓRIA PROFERIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA.**

– **O julgamento** efetuado pelo Conselho de Sentença **realiza-se sob a égide do sistema da íntima convicção** (RTJ 132/307), que, **além de dispensar qualquer fundamentação, acha-se constitucionalmente resguardado tanto pelo sigilo das votações quanto pela soberania dos veredictos** (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, 'b' e 'c').

– **Embora ampla a liberdade de julgar reconhecida** aos jurados, estes **somente** podem decidir **com apoio** nos elementos probatórios **produzidos** nos autos, **a significar** que, *havendo duas ou mais teses ou versões, cada qual apoiada em elementos próprios de informação existentes no processo, torna-se lícito ao Conselho de Sentença, presente esse contexto, optar por qualquer delas, sem que se possa imputar a essa decisão dos jurados a ocorrência de contrariedade manifesta à prova dos autos.*

– A decisão do júri **somente** comportará reforma, *em sede recursal* (CPP, art. 593, III, 'd'), **se não tiver suporte em base empírica produzida** nos autos, **pois**, se o veredicto do Conselho de Sentença

**refletir a opção dos jurados por uma das versões constantes** do processo, **ainda** que ela *não pareça a mais acertada* ao Tribunal '*ad quem*', **mesmo assim** a instância superior *terá que a respeitar*. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais *em geral*." (STF – HC 107906/SP – **Rel. Min. Celso de Mello** – Decisão Monocrática proferida com fundamento em questão que constitui "objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal", conforme art. 192, do RISTF – j. 08/04/2015).

Consideradas essas premissas, verifica-se que, no caso concreto em julgamento, a decisão condenatória deve ser mantida.

O acervo probatório dos autos trouxe elementos informativos suficientes para respaldar a conclusão adotada pelos Jurados.

Narra a denúncia:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que por volta de 23h de 04 de abril de 1997, no interior de um estabelecimento comercial conhecido como "Varejão" e de razão social Distribuidora de Bebidas Silva e Neto Ltda., situado na avenida Internacional n. 470, Jardim Santo Antônio, nesta cidade e comarca de Osasco, LIBERATO JOSÉ SILVA NETO, qualificado a fls. 140 e 449, ISABEL SEBASTIÃO DA SILVA, qualificado a fls. 346 e 425, LUIZ PEREIRA DE SOUZA, vulgos "Gordo" e "Lula", qualificado a fls. 354 e ROBERTO CARLOS FERREIRA, indiretamente qualificado a fls. 443, com fotografia a fls. 419, agindo previamente ajustados e com identidade de propósitos e auxiliados ainda por indivíduo conhecido apenas como "Alemãozinho", imbuídos de ânimo homicida e motivo torpe, bem como valendo-se de recurso que dificultou a defesa da vítima, efetuaram disparos de arma de fogo contra José Carlos de Moraes, vulgo "Carlinhos", produzindo-lhe ferimentos que o levaram à morte. Consta, ainda, que JOSÉ AUGUSTO DA ROCHA FERREIRA, vulgo "Zé Augusto", indiretamente qualificado a fls. 437 e com fotografia a fls. 419 e JOÃO FERREIRA, vulgo "João Febem", indiretamente qualificado a fls. e com fotografia a fls. 429, concorreram de qualquer forma para esse delito, o primeiro contratando "Gordo" para ajudar na execução de "Carlinhos" e, o segundo, permanecendo o tempo todo do lado de fora do estabelecimento, vigiando o movimento e pronto a prestar qualquer auxílio material ou moral aos executores.

Consta, também, que momentos após os fatos acima narrados, em local situado na Estrada do Tabuleiro Verde, na comarca de Cotia, LIBERATO e o indivíduo conhecido como "Alemãozinho", agindo previamente ajustados e com identidade de propósitos, imbuídos de ânimo homicida, valendo-se de recurso que dificultou a defesa das vítimas e com propósito de assegurar a ocultação e a impunidade do crime acima descrito, efetuaram disparos de arma de fogo contra Camila da Silva e contra Renata Ferreira, matando a primeira, conforme atestado no laudo necroscópico de fls. 376, bem como

produzindo na segunda as lesões corporais descritas no laudo de fls. 411 e somente não a matando por circunstâncias alheias às suas vontades. Consta, ainda, que na mesma oportunidade, pelos motivos e também valendo-se de recurso que dificultou a defesa das vítimas, ISABEL, "Gordo", "João Febem" e ROBERTO CARLOS concorreram, de qualquer forma, para a prática desses dois delitos, ajudando a obrigar as adolescentes a entrar no automóvel no qual foram levadas para morrer.

Consta, finalmente, que na mesma noite dos fatos acima tratados, no endereço mencionado no primeiro parágrafo e em um lixão clandestino situado na Estrada das Violetas, no Recanto das Rodas, nesta cidade e comarca de Osasco, LIBERATO, "Gordo", "Alemãozinho", "João Febem", ISABEL e ROBERTO CARLOS, agindo previamente ajustados e com identidade de propósito, ocultaram o cadáver de "Carlinhos".

Segundo o apurado, a vítima "Carlinhos" havia realizado negócios escusos com LIBERATO, referentes a roubo de caminhão e receptação de cargas roubadas, tornando-se credor deste último em determinada quantia em dinheiro, a qual vinha cobrando do ex-sócio. Foi então que LIBERATO decidiu que mataria "Carlinhos", para tanto convocando ISABEL, ROBERTO CARLOS, "Alemãozinho", "João Febem" e "Gordo" – este último contratado por "Zé Augusto" para participar do homicídio, pela quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Na ocasião aqui tratada, LIBERATO efetuou uma ligação no celular de "Carlinhos", chamando-o para que comparecesse no seu Depósito de Bebidas, conhecido como "Varejão", a fim de que viesse buscar a quantia de que era credor. Acreditando que receberia o crédito, "Carlinhos" deslocou-se até o "Varejão" em seu veículo, um Mitsubishi Eclipse, levando consigo a namorada Renata, e uma amiga dela, Camila, ambas adolescentes.

Chegando ao local, "Carlinhos" foi recebido por "João Febem", que lhe falou para entrar porque estava sendo esperado ali dentro. Ao entrar, "Carlinhos" foi recebido por LIBERATO, ISABEL, "Gordo", ROBERTO CARLOS e "Alemãozinho", que passaram a efetuar diversos disparos de arma de fogo contra si, matando-o no local.

Em seguida, os executores saíram do estabelecimento, ocasião em que, percebendo a presença das duas adolescentes, resolveram que deveriam matá-las para evitar que testemunhassem o crime que tinham acabado de cometer. Inicialmente, eles tentaram levá-las embora dali no automóvel de "Carlinhos", mas como não fosse possível dar partida no seu motor, eles colocaram Renata e Camila na cabine de uma Kombi bege clara, "pick-up", de carroceria azul, dizendo-lhe que iriam até o sítio de "Carlinhos", onde se encontrariam com ele. Dirigia este veículo, LIBERATO, que foi acompanhado por "Alemãozinho", enquanto os demais denunciados permaneciam no local aguardando o desfecho desses crimes e guardando o corpo de "Carlinhos".

Ocorre que LIBERATO e "Alemãozinho" levaram as adolescentes até um local ermo no município de Cotia, onde, após retirá-las do veículo, passaram a efetuar diversos disparos de arma de fogo contra ambas, até que um dos revólveres "picotasse", ou seja, falhasse ao disparar. Nesse momento, estando as duas adolescentes caídas e ensanguentadas, LIBERATO e "Alemãozinho" acreditaram que estivessem mortas, evadindo-se do local.

Mas as adolescentes não haviam morrido naquele momento, tendo Renata sido atingida apenas no braço, fingindo-se de morta e caída junto à amiga, que de fato fora atingida na cabeça. RENATA, então,



procurou e obteve socorro, sendo ambas levadas a um hospital. CAMILA, após uma agonia de mais de trinta dias, faleceu em decorrência dos ferimentos sofridos.

De retorno ao "Varejão", LIBERATO determinou que o cadáver de "Carlinhos" fosse ocultado, tendo ISRAEL colocado o corpo dobrado, com a cabeça e os membros para baixo, juntamente com gasolina, no interior de um latão, o qual, por sua vez, foi colocado pelos demais na carroceria de uma perua Pampa da propriedade de LIBERATO e levado, por "Gordo" e "Alemãozinho", para um lixão clandestino situado na Estrada das Violetas, em local conhecido como Recanto das Rosas, nesta comarca. Aí sendo, "Gordo" e "Alemãozinho" trataram de colocar o latão sobre o solo, ateando fogo nele para em seguida se evadir.

Apurou-se, ainda, que no dia seguinte policiais militares e civis não identificados estiveram no local e retiraram o corpo carbonizado de "Carlinhos", levando-o para local ainda não determinado.

O homicídio de "Carlinhos", portanto, foi praticado por motivo torpe, já que os denunciado queriam matá-lo para evitar o pagamento de uma dívida que com ele mantinham; e quanto a "Gordo", a torpeza ainda consistiu em praticar o crime mediante pagamento de recompensa. Além disso, ao matar a vítima "Carlinhos" os denunciados valeram-se de recurso que dificultou a sua defesa, atraindo-a para dentro de um estabelecimento comercial onde atacaram-no em evidente superioridade numérica e estando todos armados.

Já os delitos cometidos contra as adolescentes Camila e Renata, conforme já dito, foram praticados com o intuito de se ocultar o homicídio de "Carlinhos", assegurando a impunidade quanto a ele. Os denunciados, por outro lado, valeram-se de recurso que dificultou a defesa das vítimas, levando-as mediante dissimulação a um local ermo onde, repentinamente, passaram a efetuar disparos de arma de fogo contra elas.

Por fim, anota-se que o homicídio de Renata somente não se consumou porque, além do pronto e eficiente socorro por ela recebido, seus executores erraram o alvo e, diante do fingimento da adolescente, acreditaram que ela já estivesse morta.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência:

1. LIBERATO JOSÉ SILVA NETO como incurso no art. 121, §2º, incisos I e IV, c.c. art. 29, "caput", ambos do Código Penal; no art. 121, §2º, incisos IV e V, c.c. art. 29, "caput", do Código Penal; no art. 121, §2º, IV e V, c.c. arts. 14, inciso II e 29, "caput", todos eles do Código Penal; e no art. 211 c.c. art. 29, "caput", ambos do Código Penal; [...]" (fls. 02/06).

Vale lembrar que os presentes autos tratam apenas da situação do réu Liberato José, uma vez que, para os demais acusados, houve desmembramento dos autos e julgamento em separado.

Pois bem.

As materialidades dos três crimes foram comprovadas pelos

exames de corpo de delito da vítima Renata Ferreira (fls. 474/475 e 962), pelo exame necroscópico da vítima Camila da Silva (fls. 447) e pelo laudo de exame de DNA que identificou os restos mortais encontrados pela Polícia como sendo da vítima José Carlos, mediante confrontação com o material genético do seu genitor, atestando "probabilidade de paternidade mínima de 98,36%, ratificada pela probabilidade de exclusão cumulativa de 99,918% para a atual situação" (fls. 1.322/1.328), bem como pela prova oral produzida em todas as fases do processo.

Além disso, o reconhecimento da autoria dos crimes em relação ao apelante contou com respaldo suficiente nas provas dos autos, apesar da versão apresentada pelo réu em sua autodefesa.

O apelante Liberato José negou participação nos fatos. Disse que tinha uma dívida com a vítima, decorrente da compra de um caminhão, mas ela não o pressionava a pagar, só faltando documentos. Alegou que, no dia dos fatos, estava no seu comércio quando ali, de repente, chegaram cinco ou seis indivíduos, todos desconhecidos, os quais perguntaram pela vítima José Carlos, e ante a chegada dela no local, começaram a atirar contra ela. Relatou que, na sequência, foi obrigado a dirigir uma "Kombi", em que estavam as duas meninas e dois daqueles desconhecidos, até chegarem a determinado local, onde desceram, quando tais indivíduos começaram a atirar contra ele e as meninas, logrando êxito em fugir. Alegou que, depois, ficou com medo de pedir ajuda para a polícia (interrogatório no Tribunal do Júri, fls. 1.357/1.362).

As alegações do apelante restaram isoladas e foram desmentidas pelas palavras das vítimas, de algumas das testemunhas e, até, de outros corréus.

A situação de grave desavença entre o apelante e a vítima José Carlos foi relatada pela testemunha Antônio Ferreira, a qual mencionou

que, no dia anterior ao crime, viu a vítima ameaçar o apelante de morte, com uma arma de fogo na mão, caso ele não pagasse uma determinada dívida. Essa mesma testemunha mencionou que, informalmente, o corréu João Ferreira negou participação no crime e confidenciou que o apelante Liberato José contratara pessoas para matar a vítima José Carlos, cujo corpo teria sido queimado depois, bem como contou que o apelante e "Alemãozinho", que não contavam com a presença das meninas no local do crime, levaram as duas embora dali (depoimento em Plenário do Júri, fls. 1.404/1.415).

A vítima sobrevivente disse que foram até o comércio do apelante, pois a vítima José Carlos iria receber um dinheiro, e que, ao chegarem ali, José Carlos entrou no local, permanecendo as meninas no carro, seguindo-se, minutos depois, estampidos de arma de fogo. Relatou que, em continuidade, dali saíram cerca de seis homens, entre os quais o apelante, o qual, juntamente com "Alemãozinho", tentou, sem sucesso, ligar o carro da vítima. Disse que, em seguida, os dois agentes obrigaram as meninas a entrar numa "Kombi", levando-as até um local afastado, onde desceram e, então, ambos efetuaram disparos contra elas, que foram atingidas, seguindo-se a fuga dos agentes. Mencionou acreditar que pensaram que ela tivesse morrido, asseverando que a outra vítima estava desfalecida. Declarou que o apelante Liberato José, a quem reconheceu pessoalmente, comandava a situação, e que não havia mais ninguém além dos dois indivíduos e das duas meninas no veículo "Kombi" (declarações em Plenário do Júri, fls. 1.363/1.381 e 1.424/1.428).

Embora sem oportunidade de reconhecer os autores, a vítima Camila da Silva relatou semelhante dinâmica dos fatos, nos dias em que permaneceu internada no hospital, antes de falecer, conforme o depoimento da sua genitora (fls. 1.392/1.402).

O mesmo quadro também veio à tona a partir da cuidadosa

investigação levada a efeito pela Polícia Civil, conforme o depoimento da Delegada de Polícia responsável. De acordo com a referida autoridade policial, a notícia do desaparecimento da vítima José Carlos veio acompanhada da localização do automóvel dela nas imediações do estabelecimento comercial do apelante, ao que se seguiram a coleta de informações com as vítimas e com um dos suspeitos, o que levou ao pedido de autorização de interceptação telefônica, após o que obtiveram informações sobre o paradeiro do corpo da vítima José Carlos, efetivamente localizado, e chegaram a outro dos coautores dos crimes, o qual, de sua vez, acabou por confessar que os praticara em concurso com o apelante. Relatou, também, que efetuaram diligências no estabelecimento comercial do apelante, onde havia vestígios de disparos de arma de fogo e de substância hematóide (fls. 1.382/1.391).

Em sede policial, algumas testemunhas confirmaram que, no dia dos fatos, a vítima José Carlos foi chamada ao estabelecimento comercial do apelante a fim de receber o dinheiro que ele lhe devia, certo que, no mesmo inquérito, há depoimentos no sentido de que, no dia seguinte aos fatos, o apelante foi visto rondando as imediações do IML próximo ao local em que as adolescentes foram baleadas. Também no inquérito, o corréu Luiz Pereira confessou parte dos fatos e apontou o papel central do acusado Liberato José (admitiu que ajudou o apelante na prática do crime contra José Carlos, inclusive transportando o corpo no automóvel "Pampa" do recorrente, e mencionou que o apelante foi um dos indivíduos que levou as meninas embora do local do crime - fls. 418/419), nada obstante esse mesmo corréu Luiz Pereira tivesse se retratado quando ouvido em Juízo, oportunidade em que negou envolvimento nos delitos, dizendo desconhecer seus autores e que sofreu agressão policial quando da sua prisão (fls. 595/596). Consta, também, que foram colhidas informações de populares no sentido de que indivíduos suspeitos, num automóvel "Pampa" ou similar, foram vistos trazendo um latão até o "lixão", latão dentro do qual se ateou fogo e, depois, foi encontrado algo que parecia um corpo carbonizado. Os elementos indiciários colhidos no inquérito foram

todos bem descritos no circunstanciado relatório final elaborado pela autoridade policial civil (fls. 527/571).

E, nos autos desmembrados, os corréus João Ferreira e Vagner Nunes, em oitivas sob o manto do contraditório, também delataram o apelante como um dos responsáveis pelos crimes descritos na denúncia (conforme cópias de fls. 1.332/1.333 e 1.338/1.341). Assim, o corréu João Ferreira, que negou participação nos crimes, disse ter ouvido uma conversa do apelante Liberato José, na qual ele perguntava para a pessoa de alcunha "Gordo" se haviam queimado o corpo da vítima José Carlos e, além disso, afirmava haver matado as duas meninas em concurso com "Alemãozinho" (fls. 1.332/1.333). O corréu Vagner Nunes, de sua vez, admitiu que o apelante Liberato José lhe pediu auxílio para matar José Carlos, para o que receberia uma motocicleta, confirmando que alvejaram a vítima no estabelecimento comercial do próprio apelante, o qual ali se fazia presente, junto com alguns dos corréus, e que, logo depois, levaram as meninas para outro lugar, onde ele e o apelante efetuaram disparos contra elas, ressaltando que efetuou tais disparos por ordem do apelante, o qual somente não atirou mais contra uma das meninas porque acabou a munição dele (fls. 1.338/1.341).

Portanto, à exceção do interrogatório do apelante Liberato José, o conjunto probatório acima referido apontou para o envolvimento dele nos dois homicídios consumados e no homicídio tentado, além de evidenciar o "animus necandi" em todas as três condutas, certo que pontuais contradições entre as provas haviam de ser solucionadas pelos Juízes leigos. Igualmente, existiram elementos suficientes para o reconhecimento das qualificadoras citadas na denúncia (motivo torpe consistente na cobrança de uma dívida de dinheiro, no que se refere à vítima José Carlos, e o propósito escuso de ocultação de outro crime, quanto às duas vítimas do sexo feminino, além da qualificadora do recurso que dificultou a defesa dos ofendidos, em todos os casos, dada a superioridade numérica e de armas dos agentes, além da

dissimulação empregada). Assim, as alegações isoladas do apelante, em seu interrogatório, podiam perfeitamente ser afastadas pelos senhores Jurados, livres que eram para escolher, ante as provas dos autos, a versão que lhes parecesse a melhor.

Casos complexos, como o dos autos, em que se observa a existência de elementos informativos conflitantes, somente podem ser solucionados pelo Tribunal do Júri.

Diante do quadro que se apresentava, aos senhores Jurados cabia interpretar e atribuir o devido grau de confiabilidade e verossimilhança às palavras do réu e aos demais elementos probatórios dos autos.

A conclusão relativa ao reconhecimento da prática criminosa descrita pela Acusação dependia da ponderação das circunstâncias que se fizeram presentes no caso em estudo. Onde nenhuma das hipóteses é desarrazoada, cabia aos Jurados decidir. E eles optaram por atribuir a autoria dolosa ao acusado, o que, não caracterizando nenhum disparate, bem ao contrário, deve ser mantido.

Cumpria aos Jurados recompor a dinâmica dos fatos, ponderando os argumentos trazidos pela defesa e pelo Ministério Público.

**Desse modo, ainda que exista frontal entrechoque de elementos probatórios, somente os Jurados estão legitimados a solucionar o conflito e a eleger qual a prova e qual a interpretação, dentre aquelas apresentadas, que é mais fidedigna.**

O fato é que não se pode falar em decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Existem elementos concretos a imputar ao réu a autoria dolosa dos crimes pelos quais ele foi condenado. E isso basta para a

manutenção da decisão dos Jurados. Coisa outra não pode fazer esta Corte "ad quem", por força dos princípios antes mencionados. Com efeito, em havendo respaldo razoável à conclusão dos Jurados, cujo "decisum" não caracterizou arbitrariedade, importa manter a soberana decisão do Tribunal Popular.

A solução dos Jurados foi plausível, amparada nas conclusões que razoavelmente podiam surgir das provas coligidas. E, como referido, isso basta para a manutenção da solução dada por eles.

No caso concreto, os Juízes leigos reconheceram as materialidades e as autorias dos crimes pelos quais o réu se viu condenado. Ademais, refutaram a hipótese da ausência de "animus necandi", respondendo negativamente o quesito relativo à absolvição do ora apelante, e por fim, reconheceram as qualificadoras descritas na denúncia. E o fizeram amparados em provas efetivamente constantes do caderno processual, o que leva à necessidade de manutenção do decisório.

À frente.

A dosimetria da pena foi efetuada de modo correto, razão pela qual deve ser mantida.

As penas dos dois crimes de homicídio qualificado consumado não comportam reparos.

Na primeira etapa da dosimetria, as penas-base dos dois crimes foram definidas um pouco acima do mínimo legal, 14 (catorze) anos de reclusão, para cada homicídio qualificado, com fundamento na duplicidade de qualificadoras, o que é perfeitamente possível.

Havendo duas ou mais qualificadoras, é possível adotar uma delas para o fim de caracterizar o tipo penal qualificado e outra, ou outras, para exasperar a pena-base, ou para agravar a sanção penal, quando caracterizar circunstância judicial ou legal negativa.

Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. JÚRI. QUESITAÇÃO. NULIDADES. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO COM BASE NA EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS, UMA DELAS CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. LEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. [...] **II – Havendo mais de uma qualificadora, é legal a consideração de uma delas como circunstância judicial e a consequente fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal do crime de homicídio qualificado. Do contrário, seriam apenados igualmente fatos ofensivamente diversos, - crimes praticados com incidência de uma só qualificadora e aqueles praticados com duas ou mais qualificadoras.** Precedentes. III – Ordem denegada." (STF - HC 95157/RJ - 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 16.11.2010).

E no Superior Tribunal de Justiça:

"[...] DOSIMETRIA. **PRESENÇA DE DUAS QUALIFICADORAS DO DELITO. UTILIZAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. POSSIBILIDADE.** INSURGÊNCIA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDA.  
1. Na hipótese de haver **mais de uma qualificadora do delito de furto, é possível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias desfavoráveis, seja para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria (caso conste no rol do art. 61, II, do CP), seja para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo.**  
2. Na hipótese dos autos, **ao exasperar a pena-base utilizando como fundamento a incidência de uma das qualificadoras do crime de furto, a Corte recorrida alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício**, inexistindo violação à lei federal na espécie.  
3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido." (STJ – AgRg no REsp 1608983/SP – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 04.10.2016 – DJe 14.10.2016);

"[...] FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, INCISOS I E IV DO CP). CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90).



DOSIMETRIA. PENA-BASE. CRIME DE FURTO. **DUAS QUALIFICADORAS. CONCURSO DE PESSOAS E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. UMA UTILIZADA PARA EXASPERAR A REPRIMENDA BÁSICA E OUTRA PARA QUALIFICAR O DELITO. POSSIBILIDADE.** MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA EXASPERAR AS SANÇÕES INICIAIS DE AMBOS OS ILÍCITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

2. Na espécie, mostra-se **cabível o incremento da sanção inicial do furto, porquanto é pacífico na jurisprudência desta Corte Superior a possibilidade de, sendo duas qualificadoras, expressamente reconhecidas, utilizar uma para qualificar o crime e a outra como circunstância judicial para exasperar a pena-base.**

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, sem, contudo, implicar qualquer reflexo na reprimenda definitiva."

(STJ – HC 358.679/SP – 5ª T. – **Rel. Min. Jorge Mussi** – j. 23.08.2016 – DJe 31.08.2016);

"PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVAE DE VALOR SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. REGISTRO DE TRÊS CONDENAÇÕES ANTERIORES, TRANSITADAS EM JULGADO, POR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESPECIFICIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA. VALIDADE DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. **DUAS CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO.** RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

5. **Presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base.** Precedentes.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido."

(STJ – REsp 1395088/RS – 6ª T. – **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** – j. 17.12.2015 – DJe 02.02.2016).

Acresço, para suplantar qualquer dúvida, o escólio ofertado pelo **Des. Guilherme de Souza Nucci**, sobre o emprego de uma ou mais qualificadoras residuais para serem utilizadas como circunstâncias judiciais desabonadoras. "In verbis":

"Um crime pode conter, na sua descrição típica derivada, mais de uma circunstância qualificadora, dando ensejo ao reconhecimento concomitantemente, porque compatíveis, de duas ou mais. No caso do

homicídio, v.g., pode perfeitamente ocorrer a presença da motivação torpe, associada à execução empreendida à traição e com emprego de fogo. Logo, tem-se uma tripla qualificação. O reconhecimento da primeira qualificadora permite a mudança da faixa de fixação da pena, que salta de 6 a 20 anos para 12 a 30. Não é razoável, após esse procedimento, o desprezo das outras duas relevantes circunstâncias igualmente presentes. A solução, portanto, uma vez que todas são circunstâncias do crime e, nesse caso, previstas em lei, deve levar o magistrado a considerar as duas outras como circunstâncias legais genéricas para o aumento da pena (agravantes). Eventualmente, quando inexistente circunstância qualificadora no rol das genéricas agravantes do art. 61 (como ocorre com o furto cometido mediante escalada), deve o julgador acrescentá-la como circunstância judicial (art. 59), algo sempre possível, inclusive por serem circunstâncias residuais."

(Individualização da pena, 5ª. edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora dos Tribunais, 2013).

**Victor Eduardo Rios Gonçalves**, no mesmíssimo entendimento, trata do tema, ao comentar sobre o crime de furto:

"No §4º existem, ao todo, sete qualificadoras, distribuídas em quatro incisos. Em todas as figuras a pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa. Caso o juiz reconheça duas ou mais qualificadoras descritas nesse parágrafo, o que, aliás, é muito comum, deverá utilizar a primeira como qualificadora e as demais como circunstâncias judiciais para exasperar a pena-base (art. 59 do CP)."

Curso de Direito Penal: parte especial, arts. 121 a 183, Editora Saraiva, 2016).

Nas etapas posteriores da dosimetria, as reprimendas não sofreram alterações, à falta de circunstâncias legais atenuantes ou agravantes e porque ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, o que fica mantido.

As penas-finais de 14 (catorze) anos de reclusão para cada crime devem ser somadas, totalizando 28 (vinte e oito) anos de reclusão, conforme diretriz do Juízo de Origem, uma vez caracterizado o concurso material de crimes (art. 69, "caput", do Código Penal).

Absolutamente incabível falar em continuidade delitiva, uma vez que os crimes, conquanto conexos, foram praticados em circunstâncias de

tempo e lugar distintas, e além disso, mediante formas de execução diferentes. Com efeito, pelo que consta das provas que respaldaram a decisão dos Juízes leigos, o homicídio contra a vítima José Carlos teria ocorrido na Cidade de Osasco, e foi caracterizado pelo ardil de atraí-la para o local dos fatos, mediante promessa de quitação de uma dívida, enquanto que os homicídios contra as vítimas do sexo feminino ocorreram na Cidade de Cotia, e foram precedidos do sequestro das menores, conduzidas para local ermo e distante. Logo, os dois homicídios consumados não se assemelham, a não ser pelo resultado fatal, de sorte que não se poder cogitar da continuidade delitiva.

Um único reparo deve ser feito na definição da pena do réu, uma vez que o regime integral fechado foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante n. 26), afora a reforma legislativa da redação original do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90 (pela Lei n. 11.464/07). Portanto, deve-se aplicar a regra geral do Código Penal, à luz da qual cumpre estabelecer o regime inicial fechado para o sentenciado, considerando a quantidade de pena e a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 33, §2º, "a", e §3º, do Código Penal), razões essas, aliás, que obstaculizam a concessão dos benefícios da substituição ou da suspensão condicional da pena privativa de liberdade.

Ao final, ressalto que as condenações criminais a penas privativas de liberdade, confirmadas em v. Acórdãos deste Tribunal de Justiça, autorizam a expedição de mandado de prisão. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, exigem garantia de acesso ao duplo grau de jurisdição (e não ao "infindável" grau de jurisdição). Os Recursos Especiais e Extraordinários, direcionados aos Tribunais Superiores, não têm, em regra, efeito suspensivo. Assim, consoante o recente julgamento, no STF, do HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, possível determinar a imediata expedição de mandado de prisão em desfavor do réu. Nesse sentido, também, o recente julgado do STJ:

**"O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

**1.** À vista da Súmula 691/STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, de regra, conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instância. Todavia, admite-se o conhecimento do pedido em casos excepcionais, quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestamente ilegal (v.g., entre outros, HC 122670, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5/8/2013, DJe de 15/8/2014; HC 121181, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 13/5/2014). No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. Essa circunstância autoriza o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.

**2.** O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

**3.** A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

*'Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente 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. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o §2º do art. 27 da Lei nº 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 expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido'.*

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

*'HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃOCONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado. (...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA'.*

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 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 nº 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. A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (*'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'*), o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece:

'Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa'.

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que *'o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país'* (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no

curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º, da Lei 8.038/1990.

**6.** O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

'No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é

lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, §1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos' (in: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), *'em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema'*. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

#### **'a) Inglaterra.**

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de



recursos à High Court versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da Crown Court'.

(...)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

#### **b) Estados Unidos.**

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso 'Coffin versus Estados Unidos' em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

(...)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, 'nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes'. Prossegue informando que 'o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão'.

#### **c) Canadá**

(...)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso R. v. Pearson(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, 'é claro', a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense.

#### **d) Alemanha**

(...)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais

permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

#### **e) França**

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...)

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

#### **f) Portugal**

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

#### **g) Espanha**

(...)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

#### **h) Argentina**

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida" (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078', p. 507).

**8.** Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale

dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

'Aliás, na maioria **esmagadora** das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, **não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45**, isto é, **não se revestem expressivamente** de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de **167 RE's julgados**, 36 foram **providos**, sendo que, destes últimos, **30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo**. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser **facilmente resolvidos por habeas corpus**, **foram providos menos de 4% dos casos**'.

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

'Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos

de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: 'Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213" (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

**10.** Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

**11.** Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional

em casos de flagrante violação de direitos.

12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.*

13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto."

(STF – HC 126.292 – Rel. Min. Teori Zavascki – Tribunal Pleno – j. 17.02.2016 – DJe 17.05.2016);

### "[...] III. Contornos do novo posicionamento da Suprema Corte

Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a *Lex Legis* incumbe a nobre missão de "guarda da Constituição" (art. 102, *caput*, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem **o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade**. Assim especifica, *verbis*:

(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, **não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz**. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, **é necessário uma validade prática**"

(Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123. Destaquei.).

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de "desarrumação" do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

Afirmo-o contabilizando as hipóteses de impugnação previstas em nossa legislação processual penal, inclusive as que se apresentam como ações e incidentes processuais, do que resulta o **assustador número de 20 (vinte) meios de pedir a revisão de um ato jurisdicional**. São eles: 1) apelação, 2) recurso em sentido estrito, 3) embargos de declaração, 4) embargos infringentes e de nulidade, 5) carta testemunhável, 6) agravo regimental, 7) agravo à execução, 8) agravo em recurso especial, 9) agravo em recurso extraordinário, 10) correição parcial (ou reclamação), 11) recurso especial, 12) recurso extraordinário, 13) reclamação, 14) embargos divergentes, 15) conflito de competência, 16) exceções (de incompetência, de litispendência ou coisa julgada, de impedimento ou suspeição), 17) habeas corpus, 18) recurso ordinário (em HC ou em MS), 19) mandado de segurança e 20) revisão criminal, sem contar medidas cautelares inominadas e pedidos de reconsideração.

Saliento que alguns desses meios impugnativos (como é o caso do habeas corpus, da apelação no Tribunal do Júri e dos embargos de

declaração) **podem ser manejados por diversas vezes**, em um mesmo processo, pelo mesmo réu, sempre ao argumento de que se trata de legítimo exercício da ampla defesa, ainda que, eventualmente, se perceba o tangenciado propósito de procrastinar o resultado final do processo.

A ilustrar tal constatação, bem empregado foi o exemplo dado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em voto oral, cuja transcrição encontra-se amplamente divulgada na internet (<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>), nestes termos:

Eu só tive chance de ler o voto do Ministro Teori Zavascki hoje, mais cedo. E, portanto, não pude verificar no meu acervo os precedentes teratológicos que se multiplicam, documentando o abuso do direito de recorrer. Mas eu fui à pauta de hoje, aleatoriamente, e lá encontrei, como último processo, um de relatoria da Ministra Rosa Weber. Ele é emblemático, caricatamente emblemático, do que vem acontecendo.

Trata-se de um crime de homicídio cometido em 1991. Vinda a sentença de pronúncia houve um recurso em sentido estrito. Posteriormente, houve a condenação pelo Tribunal de Júri e foi interposto um recurso de apelação. Mantida a decisão, foram interpostos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram interpostos novos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário. Isso nós estamos falando de um homicídio ocorrido em 1991 que o Supremo está julgando em 2016. Pois bem: no recurso extraordinário, o Ministro Ilmar Galvão, o estimado Ministro Ilmar Galvão, inadmitiu-o. Contra a sua decisão, foi interposto um agravo regimental. O agravo regimental foi desprovido pela 1ª Turma, e aí foram interpostos embargos declaratórios igualmente desprovidos pela 1ª Turma. Desta decisão, foram interpostos novos embargos de declaração, redistribuídos ao Ministro Carlos Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes. E da decisão do Ministro Gilmar Mendes que inadmitiu os embargos de divergência, foi interposto agravo regimental, julgado pela Ministra Ellen Gracie. Não parece nem uma novela. Parece uma comédia. E em seguida à decisão da Ministra Ellen Gracie, foram interpostos embargos de declaração, conhecidos como agravo regimental, aos quais a 2ª Turma negou provimento. Não obstante isso, nós estamos com embargos de declaração no Plenário. Portanto, **mais de uma dúzia de recursos, quase duas dezenas de recursos. E, consequentemente, em relação a um homicídio cometido em 1991 até hoje a sentença não transitou em julgado.**

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que **talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do habeas corpus tenha alcançado, por conta**

da assim chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, **tamanha elasticidade** quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o *remédio heroico*, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em **“sub-rogado universal das impugnações recursais”**, do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do *writ* – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.

Certo é que, em decorrência dessa **plethora de meios impugnativos**, que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma **infindável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos** – o que, na compreensão, v.g., dos ministros Teori Zavascki, Luiz Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, condiciona a concretização do *ius puniendi* do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a **Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro Roberto Barroso, “papel decisivo nessa rearrumação”**.

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positivação na Carta de 1988, o **princípio da duração razoável do processo** (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) sugere que **sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal**, como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o *Bill of Rights*, **mas também à parte contrária**, que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

A esse respeito, aliás, devo certificar minha singela opinião (*Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71) de que a necessária correção da notória patologia do sistema punitivo pátrio, no que concerne ao desarrazoado alongamento dos litígios penais, demandaria, entre outras providências, uma **nova redação do princípio da presunção de não culpabilidade**. A meu sentir, bastaria, como se faz em **tantos países democráticos do mundo ocidental – mencionados, com remissão a recente pesquisa acadêmica, no substancioso voto do Ministro Teori Zavascki** – escrever tal princípio em nossa Carta Magna sem fazer referência ao trânsito em julgado da sentença; algo como “todos devem ser considerados inocentes *até que se prove o contrário*”, ou “o acusado em um processo penal deve ser considerado inocente *até que se prove sua culpa*.” E nem por isso, como ficou claro no voto do relator, passaríamos a constituir uma nação que rasga a Constituição, que violenta a presunção de inocência ou que invade, arbitrariamente, a esfera de liberdade dos indivíduos.

Impende enfatizar **que essa é a redação que consta de praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos**, em relação aos quais não se poderia

endereçar qualquer tipo de crítica similar às que nos últimos dias têm sido dirigidas, amiúde em tom desrespeitoso, ao Supremo Tribunal e aos seus membros. Confirmam-se os seguintes diplomas internacionais: **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Art. 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas); **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada); **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa); **Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos** (Art. 7.º - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente); **Declaração Islâmica dos Direitos Humanos** (V - Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente); **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa); **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica** (Art. 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, §4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, **preservado o núcleo essencial dessa garantia**, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o **salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas**.

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar **interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes**. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, **as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo** (GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale giusto*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).

Bem de ver, a propósito, a usual sabedoria do Ministro Celso de Mello,



em antigo julgado no qual pontuou:

“(…) Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...)” – (MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12/5/2000).

Talvez, sob tal compreensão, se possa analisar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma ***perspectiva objetiva dos direitos fundamentais***, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146).

Atento, ainda, às observações feitas pela qualificada defesa do recorrente, não perco de vista a previsão contida no art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação dada pela Lei n. 12.403/2011 veio encampar a jurisprudência até então consolidada do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que toda prisão, antes do trânsito em julgado, teria natureza cautelar. Ou seja, **o art. 283 do Código de Processo Penal encontra sua essência no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade**.

Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, **não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional**, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar.

Por tudo que foi exposto até aqui – e enfatizando que a inovação jurisprudencial da Suprema Corte certamente ainda poderá engendrar variações hermenêuticas em futuros casos a serem submetidos ao Poder Judiciário – não há como pretender sejam sobrepostas a interpretação e o alcance do art. 283 do Código de Processo Penal à espécie, afastando, para tanto, o entendimento do STF, porquanto, ao fim e ao cabo, as normas infraconstitucionais é que devem se harmonizar com a Constituição, e não o contrário.

**IV. Requerimento de execução provisória da pena formulado pelo**

### **Ministério Público**

O Ministério Público Federal, tal como visto alhures, com fundamento em recente precedente do STF (**HC n. 126.292/SP**, Rel. Ministro **Teori Zavascki**, julgado em 17/2/2016), postula a execução imediata da pena de prisão imposta ao embargante, condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em ação penal originária.

A compreensão externada no referido aresto e que ganha importância para a análise do pedido do *Parquet* nesta oportunidade, poderia ser resumida na conclusão de que **o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena**, sem que isso importe em inobservância ao princípio da não culpabilidade, porquanto "o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias" (excerto do voto do Ministro Teori Zavascki).

Trata-se de importante precedente que **sinaliza o realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009**, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte decidiu que um acusado só poderia ser preso, salvo as hipóteses de prisão cautelar, depois de sentença condenatória transitada em julgado (**HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010**).

Como o acórdão ainda não foi publicado – **embora estejam os votos orais disponíveis na web** (<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA&app=desktop>) – é possível venha o multicitado aresto a ser integrado e modelado, de modo a fornecer elementos mais precisos e objetivos para se saber, efetivamente, **a partir de qual momento poderá ser autorizado o início da execução da pena**, confirmada (ou imposta) em acórdão condenatório. Sem embargo, quer se defina tal momento como o dia do escoamento, *in albis*, do prazo para interposição do recurso extraordinário (*lato sensu*), quer, na hipótese de ser este manejado, se postergue o início da execução da pena para o momento em que a impugnação venha a ser examinada pela Presidência do Tribunal *a quo*, certo é que não mais se cogita de aguardar, no órgão jurisdicional *ad quem*, o julgamento do recurso especial ou extraordinário, e muito menos dos recursos a eles acessórios.

Isso não implica afastar, volto a dizê-lo, a possibilidade de o julgador, **dentro de seu inerente poder geral de cautela**, atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar a execução provisória da pena. Isso seria possível, por exemplo, em situações excepcionais, nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, *à vol d'oïseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

Todavia, **esse não é o caso dos autos**.

Com efeito, o embargante foi condenado, por fatos ocorridos há quase dez anos, pelo crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (**fraude ao caráter competitivo da licitação**), por 22 vezes, à **pena total** de 5 anos, 8 meses e 10 dias de detenção e pagamento de 28 dias-multa, em regime semiaberto; b) pela prática de **corrupção passiva**, com a

incidência da causa de aumento prevista no art. 327, §2º, do CP, à sanção de **4 anos de reclusão**, em regime semiaberto e c) pelo delito de **formação de quadrilha** (art. 288 do CP), à reprimenda de 1 ano e 11 meses de reclusão, em regime semiaberto.

O recurso especial interposto pela defesa foi analisado com profundidade e, ao fim e ao cabo, **manteve o *decisum* proferido pelo Tribunal de origem**. Os embargos de declaração, como visto, em nada integraram o acórdão, impondo ressaltar que a demora na tramitação de todo o processo, desde a origem até o julgamento por esta Corte, já resultou em benefício para o embargante, porquanto foi impositivo o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (incidência da prescrição da pretensão punitiva **apenas** com relação ao crime de quadrilha).

É dizer, sob o prisma do recente julgamento do STF, **não existe razão para que se impeça a execução provisória da pena**. Aliás, pedido semelhante foi feito em caso que tramita no Supremo Tribunal Federal, cujo relator, Ministro **Edson Fachin (ARE n. 851.109/DF)**, ao apreciá-lo, assim decidiu:

Restou superado, neste Tribunal, o entendimento emanado do julgamento do HC 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, não mais sendo vedada a execução provisória da pena.

Incide, na hipótese, o caminho apontado pelo comando legal contido no art. 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual "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". Essa direção normativa teve, posteriormente, a chancela da Lei 8.308, de 28 de maio de 1990, a qual regulou também, a posteriori, o efeito meramente devolutivo dos recursos às instâncias extraordinárias, e o fez ao instituir normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Dúvida não emerge do artigo 27 da Lei mencionada, o qual no seguindo parágrafo assim estatui: "§2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo". Impende, pois, remeter a matéria ao juízo de origem, a quem cabe examinar e determinar, a tempo e modo, a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Tenho dito, em votos justamente voltados a fazer prevalecer o entendimento consagrado no, agora superado, HC 84.078-MG, que **nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal** resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, 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 acentua a doutrina mais abalizada:

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. 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:

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. Para que esse sistema possa adequadamente funcionar, cada um dos juizes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário possa se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de forma isonômica e sem ferir a coerência do direito e a segurança jurídica. Portanto, 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. Desconsidera que as Supremas Cortes, na atualidade, tem a função de dar sentido ao Direito e desenvolvê-lo ao lado do Legislativo.

(MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, p. 129-130).

A esse respeito, o Ministro Edson Fachin, no limiar de seu voto, fez percutiente remissão ao pensamento de Robert Jackson, que integrou a Suprema Corte norte-americana em meados do século passado. Referindo-se à judicatura suprema, asseriu aquele magistrado: "nós não damos a última palavra porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis somente porque damos a última palavra" (*we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final* – Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540 – 1953).

É caso, portanto – com as ressalvas susoindicadas – de dar efetivo e imediato cumprimento à nova interpretação dada, pelo Supremo Tribunal Federal, aos limites e ao alcance da presunção de não culpabilidade (art. 5º, inc. LVII).

**Dispõe o art. 105 da Lei nº 7.210/1984 (que deve ser, na espécie, conjugado com o art. 2º da mesma lei, respeitante à execução provisória da pena):** "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."

Sobre o tema, é apropriado o escólio de Espínola Filho, ao pontuar que a **"regra geral é a de que cabe ao juiz da ação a competência para a execução da sentença, nela proferida, afinal"**. Vale dizer, o início da execução da reprimenda compete ao juiz **"perante o qual correu a ação penal, pouco importando tenha a executar a sentença por ele próprio proferida, ou a substituída a essa, em virtude do provimento dado, no todo ou em parte, a recurso, ordinário, extraordinário ou misto (revisão), interposto contra aquela sentença"** (*Código de processo penal brasileiro anotado*. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavotenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 352-353).

Essa também é a intelecção de Mirabete, ao enfatizar que **"competete aos tribunais superiores a execução quando se trata de**

**competência originária da respectiva Corte, ainda que o acórdão por esta proferido tenha sido reformado pelo Supremo Tribunal Federal** (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11ª ed. rev. e at. por Renato Fabbrini São Paulo: Atlas, 2004, p. 299).

**V. Dispositivo**

À vista do exposto, **rejeito os embargos de declaração do recorrente e acolho o pedido do Ministério Público Federal**, determinando a expedição de mandado de prisão, com envio de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – juízo da condenação – para **que encaminhe guia de recolhimento provisória ao juízo da VEC**, para efetivo início da execução provisória das penas impostas ao recorrente."

(STJ - REsp n. 1484415/DF - 6ª T. – Trecho do Voto Vencedor do **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** - j. 03.03.2016).

A bem da verdade, a possibilidade de prisão após a confirmação da condenação penal em 2ª Instância, mesmo antes do trânsito em julgado, não caracteriza nenhuma novidade. Ao contrário, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, consagrou o indigitado entendimento.

Nesse sentido, o elucidativo texto de autoria do Juiz Federal **José Jácomo Gimenes**:

"O professor Lenio Luiz Streck, renomado jurista, em sua coluna na Conjur, dia 8 de fevereiro, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E JUIZ NATURAL: UM DIA OS TEXTOS VÃO REVIDAR!, voltou ao tema da prisão em segunda instância. Entre importantes argumentos, que convidam a um contraponto, confidenciou que "jamais pensou que uma corte ou o Judiciário pudesse decidir contra o texto da Constituição<sup>1</sup>".

Vamos ao texto constitucional, pois, como ensina o professor Lenio, se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo. "NINGUÉM SERÁ PRESO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA", regra clara e direta, com todos os elementos para ser aplicada imediatamente. Não, não é esse o texto constitucional em debate. A troca propositada foi apenas para chamar atenção, ressaltar a argumentação, sem qualquer intenção irônica.

Qual o texto então? O que ele nos diz? "NINGUÉM SERÁ CONSIDERADO CULPADO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA". Esse é o texto constitucional. O texto não fala de prisão ou mesmo em cumprimento de pena. Fala de culpa. Com todo respeito aos constituintes, é uma norma que nem precisaria estar escrita na Constituição, pois é um truísmo, daqueles de fácil

---

<sup>1</sup> <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>

aprovação em grandes assembleias. Por óbvio, se ainda não acabou o processo, se ainda pode ter mais um recurso, o acusado não pode ser considerado definitivamente culpado.

Em todas constituições anteriores não havia essa regra, nem semelhante, vinculando a culpa do acusado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mesmo assim, não havia qualquer dúvida de que o réu somente era culpado em definitivo, com o nome lançado no rol dos culpados, quando transitado em julgado o último recurso possível no sistema judicial.

Por que não foi posta na Constituição a primeira regra citada (NINGUÉM SERÁ PRESO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA), que fala clara e diretamente sobre prisão, com todos os elementos para aplicação imediata? Certamente porque não seria aprovada, com as consequências jurídicas e sociais imediatamente decorrentes. Optou-se por uma regra fácil, uma tautologia (só pode haver conclusão de culpa depois de terminar o processo que apura a culpa), sem qualquer vínculo expresso com prisão ou cumprimento de pena.

O termo prisão não era desconhecido do constituinte. A restrição à liberdade de ir e vir é tratada na Constituição como prisão, em vários incisos (LIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVII) do artigo 5º. A Constituição constrói e restringe o direito estatal de cercear a liberdade com base no termo prisão. A Constituição delimita completamente os fundamentos e requisitos da prisão sem qualquer menção de culpa ou culpado nos mencionados incisos.

Se o consenso dominante na constituinte fosse impedir prisão antes do trânsito em julgado, a Constituição, que tanto fez uso do termo prisão, tendo incisivamente delimitado este importante instituto (devido processo legal e ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente), não seria grafada com palavra e conceito diferente (culpado). Não houve opção deliberada do constituinte em exigir trânsito julgado na última instância para início do cumprimento da pena ou prisão.

O sistema penal vinha de uma indiscutível história de prisão após condenação da segunda instância, com possibilidade do tribunal superior suspender justificadamente. Essa é a tradição histórica do nosso sistema judicial, que deve ser especialmente considerada. A Constituição entrou em vigência em 1988, mas somente em 2009, 21 anos depois, o Supremo foi convencido, por maioria simples, que o texto falando de culpa poderia ser interpretado como proibição de prisão.

A construção da tese do princípio da inocência até a quarta instância (Supremo), a partir da regra que fala de conclusão final da culpa, foi lenta, 21 anos. A sua aplicação, a partir de 2009, em apenas 7 anos, confirmou um caos de injustiça e desequilíbrio social. O tresloucado sistema de quatro instâncias de julgamento e centenas de recursos intermediários, passou a permitir que os mais ricos e poderosos ficassem impunes, salvos pelo decorrer do tempo processual e vergonhosas prescrições.

O próprio nome, princípio da inocência, que muito alimenta a polêmica, contém uma impropriedade grave. A regra constitucional não tem a palavra "inocente". Ocorre um salto de não culpado para inocente. Mais apropriado seria "princípio da não-culpabilidade". Parece pouco, mas não é. Choca ouvir que um inocente está preso. Diferente se for dito que está preso um condenado em dois ou três julgamentos, mas ainda não culpado definitivamente, ante a possibilidade de recurso

bastante limitado.

O professor Lenio cita Habermas: "a busca da resposta correta ou de um resultado correto somente pode advir de um processo de autocorreções reiteradas, que constituem um aprendizado prático e social ao longo da história institucional do direito"<sup>2</sup>. Lenio confirma ensinando que "o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Isso porque a pretensão de se buscar respostas definitivas é, ela mesma, anti-hermenêutica, em face do congelamento de sentidos que isso propiciaria"<sup>3</sup>.

O que o Supremo fez em 2009 foi interpretar a Constituição, cumprindo sua função natural. Interpretar, porque a regra em referência não é clara e direta quanto à prisão, necessitando de uma ilação. Interpretar novamente, buscando uma resposta constitucionalmente adequada, como fez em 2016 e em 2017, retornando à antiga tradição, era um dever do Supremo, em nada podendo ser criticado por este procedimento. Por tudo isso, parece não adequada a alegação de que o tribunal está decidindo contra o texto constitucional. O Supremo está reinterpretando, voltando à antiga tradição.

Tem o argumento de que está sendo permitida a prisão de um acusado sem culpa definitivamente formada. Sim, a Constituição não proíbe e a interpretação da própria Constituição justifica essa resposta. A Constituição não autoriza expressamente prisão cautelar, provisória ou processual, mas não há qualquer resistência a essas medidas. Aceita-se a justificativa de que são necessárias e indispensáveis, mesmo correndo o risco de inocente ficar preso. Com mais razão, no caso da prisão após julgamento da segunda instância, quando o devido processo legal já foi cumprido em duas instâncias, quando as questões de fato e de provas já foram definitivamente resolvidas e o risco de prisão de inocente é ínfimo.

Muito se tem falado em prejuízo irreparável para o aprisionado em segunda instância e posteriormente absolvido em tribunal superior. É uma possibilidade remota, pois, mesmo após dois julgamentos, decisões de prisões em desconformidade com a jurisprudência nacional podem ser suspensas pelo STJ ou Supremo. A própria Constituição, reconhecendo expressamente a possibilidade de erros judiciais (certamente incluídas eventuais falhas sistêmicas) e prisões além do tempo, apresenta solução, novamente no contexto do instituto da prisão, determinando o pagamento de indenização (artigo 5º LXXV). É a solução possível e eleita pela Constituição.

Tem se argumentado também com o art. 283 do Código de Processo Penal, que exige trânsito em julgado da sentença condenatória para prisão. Importante lembrar que a redação do mencionado art. 283 decorreu da interpretação do Supremo em 2009 (redação dada pela Lei 12.403 de 2011). Portanto, se o Supremo voltou a antiga tradição, reconhecendo a possibilidade de prisão após segundo julgamento, a redação do art. 283, dependente da interpretação decaída, deve ter o mesmo destino, por contrariar a Constituição explicitada pelo Supremo.

Aplicação de princípio da inocência absoluto, por interpretação extensiva, leva ao desequilíbrio social. Imagine-se, a título de argumento, que a República tivesse mais dois tribunais na sua Constituição, o Tribunal Final e o Tribunal Definitivo, somente como

<sup>2</sup> <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>

<sup>3</sup> <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>

respeitosos exemplos. O processo penal não terminaria em quatro gerações. Não haveria presos definitivos. O sistema judicial, além dos inafastáveis anseios humanísticos e conformidade com a Constituição, deve considerar a experiência histórica, razões de ordem prática e funcionalidade equilibrada do sistema penal.

O Supremo, além da prisão após o julgamento da segunda instância, deveria ir muito mais longe. Deveria encaminhar perante a sociedade e Congresso a entrega de toda competência constitucional recursal ao STJ, importante corte nacional, fixando na terceira instância a conclusão dos processos subjetivos. É insustentável que um mesmo processo seja julgado no STJ, pela visão da lei ordinária e depois pelo Supremo, pela visão constitucional, acumulando-se espetaculares estoques de processo e muita lentidão.

A Corte Suprema está em frangalhos com tanto trabalho (mais de 80 mil processos), deformada pela esmagadora predominância de julgamentos de recursos subjetivos, decisões monocráticas, liminares, pedidos de vistas sem limites, conflitos internos e descumprimento de sua principal função de corte constitucional. A produção de jurisprudência firme sobre as questões nacionais importantes está inviabilizada pelo exagerado fluxo de processos na Corte. O Judiciário se arrasta com 100 milhões de processos. Este é o problema central do sistema judicial, que deve ser debatido e criticado, visando a limitação dos processos subjetivos até a terceira instância<sup>4</sup>.

Por fim, voltando ao tema propriamente, a Constituição não diz que o acusado poderá ser preso após o julgamento da segunda instância, mas também não diz que somente pode ser preso após o trânsito em julgado na última instância. Assim, é razoável defender com boa-fé a manutenção da histórica decisão da Suprema Corte, votada em 2016 e confirmada em 2017, que buscou um adequado meio-termo, acompanhando a maioria das nações civilizadas, permitindo a prisão do acusado já condenado em duas instâncias."

**(Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição,** disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao>).

De fato, têm-se inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal, em suas muitas composições, respaldando o entendimento aqui adotado, diretriz que preponderou na Corte desde a entrada em vigor da Constituição Federal até o ano de 2009, julgados dos quais podem ser destacados os seguintes:

"HABEAS CORPUS. HAVENDO O RÉU APELADO EM LIBERDADE DA DECISÃO CONDENATÓRIA DO JÚRI, **A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO SOMENTE PODE SER DETERMINADA APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO, SALVO INTERPOSIÇÃO, PELA DEFESA, DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO.** INTELIGÊNCIA DO ART. 675 DO CPP. EMPATE NA VOTAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. ART. 150, PAR-3., DO RI STF."

---

<sup>4</sup> <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/jose-gimenes-recurso-extraordinario-agravo-extintos>



(STF – HC 67199 – 2ª T. – Rel. Min. Célio Borja – j. 25.04.1989 – DJ 28-09-1990);

"HABEAS CORPUS'. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 5º, ITEM LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O dispositivo no item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que "ninguém será considerado culpado até o réu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegura a liberdade provisória, o que decorre do disposto em outros preceitos da Carta Magna, tais como itens LIV, LXI e LXVI, do mesmo artigo 5º."  
(STF – HC 68037 – 2ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho – j. 10.05.1990 – DJ 21-05-1993);

"RECURSO DE 'HABEAS CORPUS'. ART. 5., ITEM LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRISÃO. O DISPOSTO NO ITEM LVII, DO ART. 5. DA CARTA POLÍTICA DE 1988, AO DIZER: 'NINGUEM SERÁ CONSIDERADO CULPADO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA', NÃO IMPORTA EM REVOGAÇÃO DOS PRECEITOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE AUTORIZAM A PRISÃO APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA. OUTROS ITENS DO MESMO ARTIGO LEVAM À CONCLUSÃO DE QUE NÃO PODE PREVALECER A TESE DE QUE, ANTE O MENCIONADO ITEM LVII DE QUE, EMBORA HAJA DECISÃO CONDENATÓRIA, MESMO EM SEGUNDO GRAU, A PRISÃO SÓ PODERÁ EFETUAR-SE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DE TAL DECISÃO."  
(STF – RHC 67857 – 2ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho – j. 19.06.1990 – DJ 12-10-1990);

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. RÉU CONDENADO PELO JÚRI. APELAÇÃO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM DECISÃO UNÂNIME. MANDADO DE CAPTURA: EXPEDIÇÃO IMEDIATA. I. A regra do art. 675, CPP, ao exigir o trânsito em julgado da sentença para o fim de ser expedido o mandado de captura, só tem cabimento no caso da existência de recurso com efeito suspensivo. Na hipótese, se fosse caso de embargos infringentes, o mandado de prisão não poderia ser expedido sem que transitasse o acórdão em julgado. Tendo sido unânime a decisão, nada impedia a expedição imediata do mandado de prisão, dado que os recursos cabíveis -- especial e extraordinário -- não tem efeito suspensivo. II. H.C. indeferido."  
(STF – HC 69039 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 17.12.1991 – DJ 10-04-1992);

"HABEAS CORPUS. A interposição de recurso especial, que não tem efeito suspensivo, não impede a imediata execução da pena privativa de liberdade imposta pela instância superior (art. 675, parag. 1., do CPP)."  
(STF – HC 69083 – 2ª T. – Rel. Min. Célio Borja – j. 25.02.1992 – DJ

08-05-1992);

"HABEAS-CORPUS. Efeito de recurso especial interposto contra decisão condenatória em segunda instância. Não cabe prisão albergue domiciliar quando e determinado o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena. **Contra decisão condenatória, proferida em segunda instância por Tribunal estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária - especial ou extraordinária - sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes do seu trânsito em julgado.** O recolhimento do condenado em residência particular só é compatível com o regime aberto e de acordo com as quatro hipóteses do art. 117 da L.E.P., Lei n. 7.210/84. Habeas-corpus indeferido."

(STF – HC 69176 – 2ª T. – **Rel. Min. Paulo Brossard** – j. 15.09.1992 – DJ 23-10-1992);

"JULGAMENTO DE PREFEITO MUNICIPAL. EFEITO IMEDIATO DA COMPETÊNCIA ORIGINARIA CONFERIDA, PELO ART. 29, VIII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PERANTE O QUAL VEIO A SER REGULARIZADA A POSIÇÃO PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A POSSIBILIDADE DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO (ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO) NÃO IMPEDE A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO.** PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE, PARA, QUE, MANTIDA A CONDENAÇÃO, OUTRO ACÓRDÃO SEJA PROLATADO, COM FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE A FIXAÇÃO DA PENA, RECOLHIDO, POR ESSE MOTIVO, O MANDADO DE PRISÃO."

(STF – HC 69605 – 1ª T. – **Rel. Min. Octavio Gallotti** – j. 13.10.1992 – DJ 04-12-1992);

"HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE PROGRESSÃO 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 à concessão do benefício (art.112, parágrafo único, c/c art. 8., da LEP). Pedido indeferido."

(STF – HC 69964 – Pleno – **Rel. Min. Ilmar Galvão** – j. 18.12.1992 – DJ 01-07-1993);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITO SUSPENSIVO - INVIABILIDADE NAS HIPÓTESES DE INADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA

INDEFERIDA LIMINARMENTE - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - **O recurso extraordinário não dispõe, em regra, de efeito suspensivo (Lei nº. 8.038/90, art. 27, par. 2.), circunstância esta que legitima, até mesmo, a própria execução provisória do julgado recorrido.** - A outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário - ato que se inclui na esfera de privativa competência do Supremo Tribunal Federal - reveste-se, sempre, de caráter excepcional, sendo vedada a sua concessão naquelas hipóteses em que o apelo extremo tenha sofrido juízo negativo de admissibilidade na instância "a quo", ainda que interposto, nos termos do art. 28 da Lei n. 8.038/90, agravo de instrumento para a Suprema Corte. Precedentes." (STF – Pet 721 AgR – 1ª T. – **Rel. Min. Celso de Mello** – j. 18.05.1993 – DJ 13-08-1993);

"Habeas Corpus. Alegações de vício na intimação do paciente quanto à sentença condenatória, bem assim de ilegalidade na expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da decisão. Desde a citação inicial, não foi o réu localizado nos endereços que indicou, vindo a ser citado por edital e declarado revel. Da sentença condenatória, houve intimação pessoal do defensor dativo e por edital do réu. Comprovou-se, além disso, estar foragido o paciente, a época. **A presunção de inocência do acusado não impede a prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Constituição Federal, art. 5., incisos LVII e LXI. Precedentes do STF.** Habeas Corpus indeferido." (STF – HC 70363 – 2ª T. – **Rel. Min. Néri da Silveira** – j. 08.06.1993 – DJ 03-12-1993);

""HABEAS-CORPUS". Acórdão que confirma sentença condenatória. Mandado de prisão. Relação processual ainda não definida, passível que e de atingir as instâncias extraordinárias. Ordem de captura que afronta decisão do STF. "Habeas-corpus" anterior concedido para assegurar ao paciente aguardar o julgamento em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença penal, que somente se operaria após denegação de recursos especial e extraordinário. Artigo 675, CPP, e artigo 5., inciso LVII, CF. **Esgotadas as vias impugnativas ordinárias, o decreto de condenação transita em julgado, eis que os recursos eventualmente cabíveis somente podem ser recebidos, por serem extraordinários, no efeito devolutivo.** Anterior ordem de "habeas-corpus", que beneficiara o paciente, fundada em vício formal da prisão em flagrante, não alcança a mandado de captura que decorre de decisão final. **Cabe execução provisória de decisão condenatória, ratificada na instância ordinária recursal, ainda que passível de reexame extraordinário. Não obsta a expedição de mandado de prisão o cabimento de recursos sem efeito suspensivo. Precedentes desta Corte:** HC 69.039, RHC 64.749, RHC 55.652, HC 55.492, HC 58.032 e HC 68.726. Pedido de "habeas-corpus" conhecido, mas indeferido." (STF – HC 70351 – 2ª T. – **Rel. Min. Paulo Brossard** – j. 22.03.1994 – DJ 10-06-1994);

"HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO.

FIXAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. **I - Contra decisão condenatória mantida em segundo grau cabe recurso extraordinário, que não tem efeito suspensivo. Possibilidade de dar cumprimento a mandado de prisão. Inocorrência de afronta ao artigo 5º-LVII da Constituição Federal.** II - O tribunal de origem aumentou a pena originalmente imposta. A nova dosimetria, por seu turno, fez-se à conta de suficiente motivação. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada."  
(STF – HC 71443 – 2ª T. – **Rel. Min. Francisco Rezek** – j. 04.10.1994 – DJ 21-06-1996);

"RECURSO DE 'HABEAS CORPUS'. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL PENDENTE. ARTIGO 27 §2º DA LEI 8.038/90. CAMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF. RECURSO IMPROVIDO. **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 permanece em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários.** Os recursos de natureza extraordinária não tem efeito suspensivo (artigo 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."  
(STF – RHC 71959 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio, **Rel. p/ Acórdão: Min. Francisco Rezek** – j. 03.02.1995 – DJ 02-05-1997);

"HABEAS CORPUS - **CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA AINDA PENDENTE DE APRECIACÃO - POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PRISÃO DO CONDENADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS REUS, FUNDADO NO ART. 5., LVII, DA CARTA POLÍTICA, NÃO SE QUALIFICA COMO OBSTÁCULO JURÍDICO À IMEDIATA CONSTRIÇÃO DO STATUS LIBERTATIS DO CONDENADO. - A EXISTÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL (STJ) OU DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF), AINDA PENDENTES DE APRECIACÃO, NÃO ASSEGURA AO CONDENADO O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DE QUALQUER DESSAS MODALIDADES DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL, PORQUE DESPOJADAS, AMBAS, DE EFICÁCIA SUSPENSIVA (LEI N. 8.038/90, ART. 27, PAR. 2.).** O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - QUE PODE SER EVENTUALMENTE RECONHECIDO EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL - NÃO SE ESTENDE, CONTUDO, AOS RECURSOS DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA, POSTO QUE NÃO DISPÕEM ESTES, NOS TERMOS DA LEI, DE EFEITO SUSPENSIVO QUE PARALISE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS QUE DECORREM DO ACÓRDÃO VEICULADOR DA CONDENAÇÃO PENAL. PRECEDENTES."  
(STF – HC 72102 – 1ª T. – **Rel. Min. Celso de Mello** – j. 14.02.1995 – DJ 20-04-1995);

"HABEAS CORPUS'. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO.

TENTATIVA. RECOLHIMENTO DO RÉU A PRISÃO, COMO CONDIÇÃO PARA INTERPOR RECURSO: CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 594 DO C.P.P. PENA: DOSIMETRIA. **1. A execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não constitui violação a norma constitucional.** **2. O art. 5., LVII, da Constituição, ao dizer que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", não revogou o art. 594 do C.P.P., segundo o qual "o réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, ...".** **3. A Constituição autoriza tal prisão, "desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente", na forma da lei (art. 5., LXI).** 4. Correta a dosimetria da pena aplicada com observância ao art. 59 do Código Penal, tendo em vista que a sentença bem fundamenta a sua fixação acima do mínimo legal, sobretudo em razão da conduta social negativa e a personalidade do réu, e opera a subtração pela circunstância atenuante genérica, a redução de um sexto pelo reconhecimento do privilégio da violenta emoção, e ainda a diminuição pela tentativa. 5. "Habeas corpus" conhecido, mas indeferido."

(STF – HC 72077 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio, **Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa** – j. 03.03.1995 – DJ 16-06-1995);

"I. Habeas corpus: competência do STF: não é substitutivo de recurso ordinário de habeas corpus, de modo a deslocar-se para a competência do STJ, a impetração cujo objeto, embora anteriormente ventilado em habeas corpus perante o Tribunal de Origem, foi depois reiterado, sem êxito, em recurso por ele desprovido (precedente: HC 71.431, 28.6.94, Moreira Alves). **II. A prisão decorrente de decisão condenatória recorrível - quando admitida, conforme o entendimento majoritário no STF (e não obstante a presunção constitucional de não culpabilidade), independentemente da demonstração de sua necessidade cautelar -, constitui verdadeira execução provisória da pena que não se deve efetivar em regime mais severo que o da eventual condenação definitiva.** III. Consequente admissibilidade da progressão de regime de cumprimento da pena ou de aplicação imediata do regime menos severo determinado na sentença, tanto mais quanto sujeita apenas a recurso de defesa (cf. HC 68.572, Neri da Silveira, Lex 159/263) ou, como ocorre no caso, a apelação de assistente do Ministério Público, que não tem efeito suspensivo (C.Pr.Pen., art. 598)."

(STF – HC 72162 – 1ª T. – **Rel. Min. Sepúlveda Pertence** – j. 07.03.1995 – DJ 05-05-1995);

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. PRETENDIDO CUMPRIMENTO DA PENA EM LIBERDADE, POR INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO OU ESTABELECIMENTO DA SENTENÇA, OU ENQUANTO RECORRE DA DECISÃO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É FIRME NO SENTIDO DE QUE A INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO AO REGIME ABERTO NÃO AUTORIZA A APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DA SANÇÃO PENAL,

EM DETRIMENTO DO INTERESSE INDIVIDUAL DO CONDENADO. **ENTENDIMENTO POR IGUAL ASSENTADO NESTA CORTE DE QUE OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL, POR NÃO ESTAREM REVESTIDOS DE EFEITO SUSPENSIVO, NÃO IMPEDEM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE PRISÃO.**

HABEAS CORPUS INDEFERIDO."

(STF – HC 71723 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 14.03.1995 – DJ 16-06-1995);

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". **PRISÃO DECORRENTE DE CONDENÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O Supremo Tribunal decidiu, pelo seu Plenário, que a prisão de réu condenado por decisão ainda pendente de recurso não afronta o princípio da presunção de não culpabilidade previsto no art. 5., LVII, da Constituição. III. - H.C. indeferido.**

(STF – HC 72061 – Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 26.04.1995 – DJ 09-06-1995);

"HABEAS CORPUS. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO. TRÂNSITO EM JULGADO. MANDADO DE PRISÃO. CUMPRIMENTO. **Contra decisão condenatória confirmada em segunda instância cabe recurso sem efeito suspensivo: especial e extraordinário. Possibilidade de cumprimento do mandado de prisão antes do trânsito em julgado. Ausência de ilegalidade. Precedentes do STF.** Ordem denegada."

(STF – HC 72155 – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Rezek – j. 20.06.1995 – DJ 03-05-1996);

"Direito Constitucional e Processual Penal. Prisão. Condenação não transitada em julgado. Art. 5., inciso LVII, da Constituição Federal, art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, PAR. 2. da Lei n. 8.038, de 28.05.1990. Regime de cumprimento. "Habeas Corpus". Alegações de que: 1.) - o acórdão impugnado incidiu em "reformatio in pejus" porque, mesmo improvendo recurso do Ministério Público, alterou o regime de cumprimento de pena, de semi-aberto para fechado. 2.) - havendo a sentença condenatória determinado que o mandado de prisão fosse expedido apenas após o trânsito em julgado, não poderia o acórdão da apelação do Ministério Público, que nada reclamara a respeito, determinar desde logo a prisão, quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário. **1. A determinação do Juiz de 1. grau, na sentença condenatória, de que o mandado de prisão somente deveria ser expedido após o trânsito em julgado, valia apenas para seu Escrivão e visava a permitir a interposição de recurso, pelos réus, em liberdade, benefício que, naquele ato, lhes foi concedido. Não podia, porém, impedir que o Tribunal de 2. grau, ao negar provimento a apelação do Ministério Público, determinasse a expedição, desde logo, do mandado de prisão, para cumprimento da condenação, em face do que estabelece o art. 637 do Código de Processo Penal. Até porque os recursos extraordinário (para o S.T.F.) e especial (para o S.T.J.) não tem**

**efeito suspensivo (art.27,PAR.2., da Lei n. 8.038, de 28.05.1990). 2. O inciso LVII do art. 5. da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do C.P.Penal.** 3. Embora o acórdão haja mantido a sentença condenatória, que fixara o regime semi-aberto, para o início do cumprimento da pena, a Súmula de julgamento, por equívoco, fez constar que para todos os réus, inclusive o paciente, seria observado, inicialmente, o regime fechado, quando, na verdade, este só se aplicara na sentença a um dos condenados. 4. Sendo assim, e de se deferir, apenas em parte, o "H.C.", para que se observe, com relação ao paciente, e, por extensão, aos demais réus, na mesma situação, exceto, portanto, o já referido, o regime inicial semi-aberto (de cumprimento de pena). Tudo nos termos do voto do Relator." (STF – HC 72171 – 1ª T. – **Rel. Min. Sydney Sanches** – j. 22.08.1995 – DJ 27-10-1995);

**"A simples sujeição da decisão condenatória a embargos de declaração e a recurso extraordinário ou especial não suspende a execução imediata da pena** nem torna viável a concessão de liberdade provisória mediante fiança." (STF – HC 72518 – 1ª T. – **Rel. Min. Octavio Gallotti** – j. 29.08.1995 – DJ 27-10-1995);

**"HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO ACUSADO - INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO - POSSIBILIDADE DE PRISÃO IMEDIATA DO CONDENADO - MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO AO PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL - DELIBERAÇÃO QUE NÃO VINCULA OS TRIBUNAIS SUPERIORES - PEDIDO INDEFERIDO. PRISÃO DO SENTENCIADO E INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. - A mera interposição dos recursos de natureza excepcional - recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) - não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes. JUIZ QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL. - A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal ad quem - porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal - faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de primeiro grau no ponto em que**

esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE DO RÉU. - O postulado constitucional da não- culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E PRISÃO ANTECIPADA DO CONDENADO. - O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede - em tema de proteção ao status libertatis do réu (Artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366- SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade."

(STF – HC 72610 – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – j. 05.12.1995 – DJ 06-09-1996);

"HABEAS CORPUS. CONDENÇÃO. MANDADO DE PRISÃO. 2. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, PORQUE EXPEDIDO O MANDADO DE PRISÃO, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 3. A CIRCUNSTÂNCIA DE O RÉU PRETENDER INTERPOR RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE NÃO POSSUEM EFEITO SUSPENSIVO, NÃO IMPEDE A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, APÓS CONFIRMADA A CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU. 4. HIPÓTESE EM QUE O PACIENTE APELOU EM LIBERDADE, HAVENDO INTERPOSTO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AO ACÓRDÃO REFERENTE AO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. 5. NÃO ESTANDO AINDA ESGOTADA A INSTÂNCIA DA APELAÇÃO, DEFERE-SE, EM PARTE, O HABEAS CORPUS, PARA QUE NÃO SE EXECUTE A PRISÃO DO PACIENTE, ENQUANTO NÃO FOREM JULGADOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO."

(STF – HC 73186 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – j. 15.12.1995 – DJ 29-03-1996);

""Habeas corpus". - Esta Corte já firmou o entendimento de que o benefício da apelação em liberdade não se aplica com relação aos recursos extraordinário e especial que não têm efeito suspensivo, o que não é incompatível com a presunção de não-culpabilidade prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. - O Plenário do S.T.F. já salientou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na



Constituição e nas leis dos Estados-Partes. - "Sursis" negado fundamentalmente. - Procedência da impetração no tocante a fixação da fiança. Precedentes do S.T.F. "Habeas corpus" deferido, em parte, para que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro competente para o julgamento da apelação do ora paciente, arbitrando em favor dele a fiança a fim de que possa ele, se prestada a fiança arbitrada, defender-se solto até o trânsito em julgado da sentença condenatória."

(STF – HC 73151 – 1ª T. – **Rel. Min. Moreira Alves** – j. 18.12.1995 – DJ 19-04-1996);

"COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação a qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. **PENA - EXECUÇÃO - TRÂNSITO EM JULGADO. Na dicção da ilustrada maioria, em relação a qual guardo reservas, a ausência de trânsito em julgado da decisão proferida, não impede a expedição de mandado de prisão** - habeas-corpus nº 72.086, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 31 de março de 1995. INTERROGATORIO - MENORIDADE - CURADOR. Considera-se a menoridade não na data do fato delituoso, mas na oportunidade em que procedido o interrogatório. Estando nesta última o acusado com vinte e um anos, descabe cogitar da nulidade por não se fazer presente o curador. PRONÚNCIA - LIBELO. O descompasso suficiente a acarretar a nulidade do julgamento há de ser manifesto. HOMICÍDIO QUALIFICADO - MOTIVO FUTIL - INEXISTÊNCIA DE QUESITO - NULIDADE. E de se afastar a arguição de nulidade quando a pena fixada ficou no mínimo previsto para o tipo e, sob o ângulo do homicídio qualificado, houve a quesitação quanto ao fato de o então acusado haver dificultado ou impossibilitado a defesa pela vítima. A nulidade pressupõe o prejuízo."

(STF – HC 72689 – 2ª T. – **Rel. Min. Marco Aurélio** – j. 02.04.1996 – DJ 17-05-1996);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". RECURSO: LIMITES. "REFORMATIO IN PEJUS". NULIDADE. PRISÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1. Havendo o Ministério Público apelado contra a sentença absolutória, reportando-se, inclusive, às alegações finais anteriormente apresentadas, nas quais também pleiteara o aumento da pena, pela reincidência, podia o Tribunal levá-la em consideração, ao julgar o recurso. 2. Mesmo que não tivesse havido pedido expresso do Ministério Público, a respeito, cabia ao Tribunal, ao reformar a sentença absolutória, considerar, na aplicação da pena, a reincidência, prevista na lei e comprovada nos autos. **3. Quanto à expedição imediata do mandado de prisão, determinada no acórdão, era perfeitamente cabível, conforme pacífica jurisprudência do S.T.F., já que os Recursos Extraordinário e Especial não têm efeito suspensivo da condenação.** 4. "H.C." indeferido."

(STF – HC 73792 – 1ª T. – **Rel. Min. Sydney Sanches** – j. 21.05.1996 – DJ 06-09-1996);

"Habeas corpus. 2. Paciente condenado, em segundo grau, por infringência ao art. 12 c.c. o art. 18, III, da Lei n.º 6.368/1976. **Determinação de imediata expedição de mandado de prisão. Inexistência de ilegalidade. 3. Certo está que não possuem efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário, interponíveis do acórdão condenatório. Lei n.º 8.038/1990, art. 27, §2º.** 4. Habeas corpus indeferido."

(STF – HC 74850 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – j. 08.04.1997 – DJ 22-09-2000);

"Habeas corpus'. - **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 recursos sem efeito suspensivo, como o extraordinário e o especial.** - Inexistência, no caso, de divergência com o enunciado da súmula 453, pois, na espécie, a hipótese é do artigo 383 do C.P.P. e não do artigo 384 e parágrafo do mesmo Código. - A associação a que alude o inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76 é o concurso eventual de pessoas, sem, portanto, o "animus" associativo, razão por que não há ilegalidade na condenação pela prática do crime previsto no artigo 12 dessa mesma Lei com a causa especial de aumento prevista no dispositivo acima referido. Precedentes do S.T.F. 'Habeas corpus' indeferido, cassada a liminar concedida, e negada a concessão, de ofício, da ordem."

(STF – HC 75233 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Rel. p/ Acórdão: Min. Moreira Alves – j. 23.09.1997 – DJ 19-11-1999);

"Pedido conhecido como habeas corpus. **Sentença penal condenatória. Julgamento em segundo grau. Instância esaurida com o julgamento dos embargos declaratórios. Subsistem apenas recursos de natureza extraordinária que não impedem a expedição de mandado de prisão, à vista da condenação resultante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.** Habeas indeferido. Liminar cassada."

(STF – Pet 1324 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – Rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim – j. 23.03.1998 – DJ 24-03-2006);

"HABEAS-CORPUS. CONCUSSÃO EM CONCURSO DE PESSOAS. PEDIDO PRINCIPAL: ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PARA QUE SEJA INSTAURADO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL REQUERIDO POSTERIORMENTE À SUA INTERPOSIÇÃO. PEDIDO SUCESSIVO OU SUBSIDIÁRIO: NULIDADE DA DECISÃO CONDENATÓRIA NA PARTE EM QUE FIXOU A REPRIMENDA, POR INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CASSAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA EX-OFFÍCIO EM VIRTUDE DE REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA TURMA, RECONHECENDO- SE A LEGITIMIDADE DO DECRETO DE PRISÃO DO RÉU APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO, AINDA QUE O JUIZ DE PRIMEIRO GRAU TENHA DETERMINADO NA SENTENÇA QUE A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO SÓ SE DARIA APÓS O TRÂNSITO EM

JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 1. Incidente de insanidade mental. Inexistência de nulidade do processo-crime, pela não instauração de incidente de insanidade mental (CPP, artigo 149, caput), porque a questão só foi ventilada um ano após a interposição do recurso de apelação. Precedentes. Nada impede a instauração do incidente durante o processamento da apelação, a requerimento ou ex-officio, desde que ordenado pela autoridade judiciária competente em decisão fundamentada. Precedentes. O Juiz não está obrigado a determinar a realização do exame médico em face de notícias de que o paciente estava submetido a tratamento psiquiátrico à época dos fatos. Precedente. Não cabe, em sede de habeas-corpus, reexaminar decisão que indefere a realização de exame médico-legal, quando devidamente fundamentada. Precedentes. Quando a insanidade mental sobrevém à sentença condenatória, o apenado deve ser internado em manicômio (artigo 682 do CPP), não sendo o caso de anulação do processo. 2. Nulidade da decisão condenatória na parte em que fixou a reprimenda, por inobservância do critério trifásico de aplicação da pena. Pedido prejudicado, por perda superveniente do objeto, em face do deferimento, em parte, do HC nº 76.552-SP, in DJU de 30.10.98. 3. Revisão de jurisprudência da Segunda Turma. **É legítimo o decreto de prisão do réu, pelo Tribunal a quo, logo após o julgamento da apelação (CPP, artigo 594), ainda que cabíveis recursos de índole extraordinária - especial e extraordinário - os quais não têm efeito suspensivo (artigos 637 do CPP e 27, §2º, da Lei nº 8.038/90), e ainda que o Juiz tenha disposto equivocadamente na sentença que o mandado de prisão só seria expedido após o trânsito em julgado da decisão condenatória, mesmo que o titular da ação penal não tenha recorrido desta parte da sentença. Volta ao entendimento anterior ao firmado no HC nº 75.753-SP, decidido por maioria em 11.11.97, e compatível com a jurisprudência uniforme, unânime e reiterada da Primeira Turma. Precedentes.** 4. Habeas-corpus conhecido e indeferido quanto ao pedido principal, julgado prejudicado quanto ao pedido sucessivo e cassada a liminar concedida ex-officio, ressaltando-se a eficácia da ordem concedida no HC nº 76.552-SP." (STF – HC 77173 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 17.11.1998 – DJ 27-04-2001);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RESP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. **Recursos de natureza extraordinária (RE e RESP), por terem efeitos apenas devolutivo, não sustentam a execução provisória da decisão condenatória. Precedentes.** Recurso desprovido." (STF – RHC 79972 – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 22.02.2000 – DJ 13-10-2000);

"Recurso ordinário em 'habeas corpus'. - A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que, para a validade desse ato, não é necessária a presença de advogado - e, portanto, não há necessidade de intimação dele -, porque o interrogatório judicial é ato pessoal do juiz, não estando sujeito ao princípio do contraditório (assim, nos HCs 69372 e 68.882). - Improcedência da alegação de que a sentença não

examinou todas as teses sustentadas pela defesa. - **Já se firmou nesta Corte o entendimento de que o princípio constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória não é óbice à prisão do condenado quando existente apenas, pendente de julgamento, o recurso especial ou o recurso extraordinário (ou ambos), por não terem eles efeito suspensivo** (assim, nos HCs 72.102 e 69.039, entre outros). Recurso ordinário a que se nega provimento."

(STF – RHC 80091 – 1ª T. – **Rel. Min. Moreira Alves** – j. 25.04.2000 – DJ 16-06-2000);

"HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO, PRATICADO POR PACIENTE QUE CUMPRIA PENA PELO MESMO DELITO EM REGIME SEMI-ABERTO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPUGNAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1. A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível - salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I) - e a apelação não tem efeito suspensivo (CPP, artigo 597, primeira parte). 2. Para ser admitida a apelação, a regra é que o condenado seja recolhido à prisão e a exceção é que recorra em liberdade, o que só pode ocorrer em três hipóteses: a) que preste fiança, quando for o caso; b) que seja ao mesmo tempo primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; ou c) que tenha sido condenado por crime de que se livre solto (CPP, artigo 594). **3. A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória, mas não impede que se inicie a execução provisória, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo.**

**Precedente:** HC nº 72.610-MG, Min. CELSO DE MELLO, in DJU de 06.09.96, pág. 31.850. 4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido." (STF – HC 80174 – 2ª T. – **Rel. Min. Maurício Corrêa** – j. 06.06.2000 – DJ 12-04-2002);

"HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO À PENA DE RECLUSÃO EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. RECOLHIMENTO DO PACIENTE À PRISÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO DA LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Preliminar de perda de objeto suscitada pela Procuradoria-Geral da República afastada, tendo em vista a existência, no STJ, de decisão em embargos de declaração ainda pendente de publicação do acórdão, o que afasta, por hora, a irrecorribilidade da decisão condenatória impugnada; 2. No tocante ao mérito, **é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o recolhimento à prisão do réu condenado pelo Tribunal estadual não configura constrangimento ilegal, ainda que interposto recurso extraordinário ou especial, que são desprovidos de efeito suspensivo.** **Precedentes:** HC nº 72.102, Rel. Min. Celso de Mello,

Primeira Turma, DJ 20.04.95 e HC nº 81.392, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 01.03.2002; 3. Habeas Corpus indeferido."  
(STF – HC 80939 – 1ª T. – **Rel. Min. Ellen Gracie** – j. 06.08.2002 – DJ 13-09-2002);

"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 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."  
(STF – HC 82490 – 1ª T. – **Rel. Min. Sepúlveda Pertence** – j. 29.10.2002 – DJ 29-11-2002);

"EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DO REGIME PRISIONAL. 1. Pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de permitir a execução provisória da condenação, considerando que os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo. Precedentes. Inviável a pretensão de substituição do regime prisional, em writ substitutivo de recurso ordinário, quando o tema não foi suscitado perante o Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. 2. HC parcialmente conhecido e indeferido."  
(STF – HC 84235 – 2ª T. – **Rel. Min. Ellen Gracie** – j. 14.09.2004 – DJ 15-10-2004);

"Habeas Corpus. 2. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. 3. O lapso prescricional somente se reduz à metade se o agente tiver setenta anos na data da sentença condenatória (art. 115, CP). 4. A interposição de recurso especial e/ou recurso extraordinário não impede a prisão do condenado. 5. Precedentes. 6. Ordem denegada."  
(STF – HC 84909 – 2ª T. – **Rel. Min. Gilmar Mendes** – j. 22.02.2005 – DJ 06-05-2005);

"Habeas Corpus. 2. Alegação de violação ao princípio da não-culpabilidade e intempestividade das razões de apelação da acusação. 3. Na linha da jurisprudência ainda predominante no

**Tribunal, o princípio constitucional da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. 4. Precedentes citados: HC no 80.939, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 13.09.2002; HC no 81.685, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 17.05.2002; e HC no 77.128, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 18.05.2001. 5. Os documentos acostados aos autos não fazem prova cabal acerca da data em que a acusação foi intimada da sentença condenatória. 6. Nas contra-razões da apelação, nada alegou a defesa quanto à intempestividade. 7. Impossibilidade de análise da matéria na sede estrita do habeas corpus. 8. Ordem denegada.**  
(STF – HC 84500 – 2ª T. – **Rel. Min. Gilmar Mendes** – j. 23.08.2005 – DJ 14-10-2005);

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE CONCEDIDO NA SENTENÇA. **ESGOTAMENTO DOS RECURSOS COM EFEITO SUSPENSIVO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS.** MATÉRIA SOBRESTADA NESTA CORTE. LIMINAR DE OFÍCIO PARA CONCEDER A LIBERDADE PROVISÓRIA. 1. Roubo qualificado pelo concurso de pessoas. Sentença que garantiu o direito de apelar em liberdade. **Ao rejeitar os embargos de declaração opostos do recurso de apelação interposto pela defesa, determinando a expedição de mandado de prisão, o Tribunal de Justiça não incorreu em reformatio in pejus. Considerou, tão-somente, a circunstância de terem sido esgotados os recursos com efeito suspensivo.** 2. A questão envolvendo a execução de sentença na pendência de recurso sem efeito suspensivo está afetada ao Pleno desta Corte. Liminar deferida, de ofício, para conceder a liberdade provisória do paciente, até o julgamento definitivo do HC n. 85.591/SP."  
(STF – HC 86328 – 1ª T. – **Rel. Min. Eros Grau** – j. 27.09.2005 – DJ 14-10-2005);

"HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO ESPECIAL PENDENTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA NO CASO EM ESPÉCIE. ORDEM DENEGADA. **Até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, prevalece o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado e com recurso especial pendente.** No caso concreto, é legítima a execução provisória da sentença, uma vez que bem fundamentada em motivo de ordem cautelar. Denegação da ordem."  
(STF – HC 86628 – 2ª T. – **Rel. Min. Joaquim Barbosa** – j. 29.11.2005 – DJ 03-02-2006);

"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."

(STF – HC 85616 – 1ª T. – **Rel. Min. Ricardo Lewandowski** – j. 24.10.2006 – DJ 17-11-2006);

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ART. 121, §2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL QUE APRESENTA EFEITO DEVOLUTIVO. RÉUS QUE DEVEM AGUARDAR PRESOS O JULGAMENTO DO RECURSO. CRIME PRATICADO COM TORPEZA E MEDIANTE EMBOSCADA. HOMICÍDIO MOTIVADO POR DISPUTAS FUNDIÁRIAS. AMEAÇA À ORDEM PÚBLICA. PRISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM INDEFERIDA. **I - Não há, em tese, incompatibilidade entre as normas infralegais que prevêem a possibilidade de prisão anterior ao trânsito em julgado da demanda criminal e o princípio da presunção de inocência.** II - Tema pendente de apreciação do Plenário do STF, que ainda não se pronunciou definitivamente sobre a obrigatoriedade de recolher-se à prisão para apelar. III - A legalidade da prisão deve ser examinada caso a caso. IV - Prisão adequadamente fundamentada contra réus que praticaram homicídio por motivo torpe e mediante emboscada no contexto de disputa fundiária no interior do Pará. V- Ameaça à ordem pública caracterizada. VI - Ordem indeferida."

(STF – HC 89175 – 1ª T. – **Rel. Min. Ricardo Lewandowski** – j. 06.02.2007 – DJ 23-03-2007);

"HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO QUE NÃO ADMITE RECURSO ESPECIAL PENDENTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. RAZOABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. **1. Até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, prevalece o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado e com recurso especial pendente.** 2. Até pronunciamento definitivo da Corte, a análise sobre a existência de constrangimento ilegal deve ser feita em cada caso concreto. 3. No caso em exame, o paciente permaneceu solto desde a instrução até o momento, além de possuir residência certa. 4. Decreto de prisão que não é razoável no contexto. 5. Ordem concedida."

(STF – HC 89952 – 2ª T. – **Rel. Min. Joaquim Barbosa** – j. 15.05.2007 – DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007);

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO

PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. **1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.** 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado." (STF – HC 91675 – 1ª T. – **Rel. Min. Carmen Lúcia** – j. 04.09.2007 – DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007);

"Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes. **1. 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 da inocência.** 2. Habeas corpus indeferido." (STF – HC 90645 – 1ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio, **Rel. p/ Acórdão: Min. Menezes Direito** – j. 11.09.2007 – DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007).

Nesse exato sentido, cito o Voto proferido pelo **Min. Alexandre de Moraes**, do STF, no julgamento do RE 696.533/SC:

"[...] 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, da ampla defesa e do 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-ão 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 de modo a prestigiar 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 complementariedade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRÍA, 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 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

juiz 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 a 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), como no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a 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, a 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 a ele se opor ou de dar 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 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 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.

Respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural*, com a possibilidade de as 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; mesmo porque 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 às 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, 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 de os 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 e ss.). O “*esquema organizatório-funcional*” estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à 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 dispositivos já citados em favor 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 trânsito 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 964.246, 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 PRONÚNCIA 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 EXPEÇA 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 SUBSIDIÁRIO DE PROGRESSÃO 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, paragrafo 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 recursos sem efeito suspensivo, como o extraordinário e o especial.” (HC n. 75.233-1, 1ª 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 esauridas 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 foi, inclusive, o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

**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 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 artigo 6º, 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 analisa importantes precedentes relacionados à 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, nas quais, 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 encerra a 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 trânsito 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."

(STF - RE 696.533/SC - 1ª T. - **Rel. Min. Luiz Fux** - **Rel. para Acórdão Min. Roberto Barroso** - Excerto do Voto do **Min. Alexandre de Moraes** - j. 06/02/2018).

Ademais, a condenação em sede de Tribunal do Júri, por encerrar o juízo de fato sobre o crime, consequência do princípio da soberania dos veredictos, também autoriza a expedição de mandado de prisão, conforme entendimento atual da Corte Suprema:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. RECORRIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. Incidência de óbice ao conhecimento da ordem impetrada neste Supremo Tribunal Federal, uma vez que se impugna decisão

monocrática de Ministro do Superior de Tribunal de Justiça (HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER; HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; Ag. Reg. no habeas Corpus 138.687, Segunda Turma, j. 13.12.2016, Rel. Min. CELSO DE MELLO; HC 116.875/AC, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA; HC 117.346/SP, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA; HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES; HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA; RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

2. Inexistência de teratologia ou caso excepcional que caracterizem flagrante constrangimento ilegal.

3. **Respeito à soberania dos veredictos. A custódia lastreada em decisão do Tribunal do Júri, ainda que pendente recurso especial, não viola o princípio constitucional da inocência.**

4. A fixação, em habeas corpus anterior, da possibilidade de recorrer em liberdade, como em toda questão de execução provisória da pena, trata-se de uma cláusula rebus sic stantibus.

5. Habeas corpus não conhecido."

(STF – HC n. 133528 – 1ª T. – Rel. Min. Alexandre de Moraes – j. 06/06/2017).

"Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. **Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade.**

1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.

2. **Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.**

3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. **Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”**

(STF – HC 118770 – Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso – 1ª T. – j. 07/03/2017).

Deixo, todavia, de determinar a expedição de mandado de prisão, uma vez que tal providência já foi determinada no Juízo de Origem.



Com essas considerações, **dou parcial provimento ao recurso de Apelação** do réu Liberato José, a fim de: a) declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade superveniente, quanto aos crimes de ocultação de cadáver e de tentativa de homicídio; e b) redefinir o regime prisional do réu, quanto aos dois crimes de homicídio consumado, para o inicial fechado, mantidos os demais aspectos da r. sentença condenatória. Oficie-se ao Juízo de Origem, com recomendação de diligências tendentes ao efetivo cumprimento do mandado de prisão já expedido, para evitar a prescrição quanto aos crimes de homicídios qualificados consumados (réu foragido desde 1999).

É o meu Voto.

**AIRTON VIEIRA**

**Relator**

[assinatura eletrônica]