EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) ELEITORAL RELATOR(A),
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Recurso criminal n.º 8-91.2016.6.21.0011
Procedência: **São Sebastião do Caí-RS (11ª ZONA ELEITORAL – São Sebastião do Caí)**
Assunto: RECURSO CRIMINAL – CRIME ELEITORAL – BOCA DE URNA – BANDEIRAÇO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO CRIMINAL
Recorrente: JOEL DA SILVA MONTEIRO
Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
Relator: DR. PAULO AFONSO BRUM VAZ

PARECER

RECURSO CRIMINAL. CRIME DE BOCA DE URNA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. **Parecer pelo desprovimento do recurso.**

1. RELATÓRIO

O Ministério Público Eleitoral denunciou JOEL DA SILVA MONTEIRO, CHARLES ALEXANDER DA SILVA FLORES e SILVANO BASTIÃO DA SILVA pela prática do crime previsto no artigo 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 11.300/2006, porque, no dia 7-10-2012, data do pleito, por volta das 11h15min, na rua Treze de Maio, em São Sebastião do Caí-RS, realizaram propaganda de boca de urna, empunhando, cada um, uma bandeira de propaganda política do partido PMDB, conforme auto de apreensão incluso.

Recebida a denúncia em 14-2-2013 (fl. 35), os réus aceitaram proposta de suspensão condicional do processo (fls. 107-108), benefício que foi revogado em relação a JOEL DA SILVA MONTEIRO, em razão do descumprimento das condições impostas (fl. 124).

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença de procedência da ação penal eleitoral, por meio da qual o acusado foi condenado, como incurso nas sanções do artigo 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto – substituída por prestação de serviços à comunidade – e à pena de multa de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 174-176).

Inconformado, o réu interpôs recurso criminal (fls. 181-187). Sustentou que não pediu votos para seu candidato, apenas passou o dia caminhando pelas ruas da cidade e empunhando bandeira com a sigla do partido. Afirmou que não arregimentou eleitores, distribuiu material de propaganda ou praticou qualquer ato tendente a influir na vontade dos eleitores, postulando, portanto, por sua absolvição.

Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões (fl. 189), subiram os autos ao TRE-RS e vieram a esta Procuradoria Regional Eleitoral, que exarou parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 191-194).

O TRE-RS, por unanimidade, acolheu de ofício a preliminar de nulidade absoluta, em razão da não apresentação das alegações finais pela defesa, mesmo após regular intimação do advogado constituído por meio da imprensa oficial, para o fim de anular a sentença de primeiro grau e determinar a remessa dos autos à origem, para que se procedesse a intimação do réu para constituir novo advogado ou, na impossibilidade, para que fosse assistido por defensor dativo (fls. 200-207).

Apresentadas alegações finais pelo mesmo defensor constituído (fls. 211-215), foi proferida sentença por meio da qual o acusado foi condenado, como incurso nas sanções do artigo 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto – substituída por prestação de serviços à comunidade – e à pena de multa de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 217-219).

Irresignada, a defesa interpôs recurso criminal (fls. 221-230). Sustentou que "o fato imputado ao recorrente de portar bandeira partidária juntamente com outras pessoas, na data da eleição, na forma de aglomeração, não caracteriza o delito boca de urna" e repisou todos os argumentos lançados no voto do Dr. Leonardo Tricot Saldanha, no sentido de que a conduta praticada pelo réu seria atípica. Ao depois, repetiu os argumentos expostos no recurso criminal anteriormente ofertado, no sentido de que o réu não pediu votos para seu candidato, apenas passou o dia caminhando pelas ruas da cidade e empunhando bandeira com a sigla do partido. Ressaltou que o acusado não arregimentou eleitores, distribuiu material de propaganda ou praticou qualquer ato tendente a influir na vontade dos eleitores, postulando, portanto, por sua absolvição.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. TEMPESTIVIDADE

O recurso da defesa é tempestivo. A sentença foi publicada em 26-7-2016 (fl. 220), e o recurso foi interposto em 27-7-2016 (fl. 221), ou seja, dentro do prazo legal de 10 dias, conforme art. 362 do Código Eleitoral.

2.2. MÉRITO

Inicialmente, destaca-se que a prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito tipificado no art. 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, considerada a pena aplicada (pois ausente recurso da acusação), opera-se em 3 (três) anos, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal.

A prescrição ficou suspensa entre a aceitação da proposta de suspensão condicional do processo, em 19-6-2013, e a revogação do benefício, em 26-8-2015 (fl. 124). Daí se conclui que, entre o recebimento da denúncia, verificado em 14-2-2013 (fl. 35) e a publicação da sentença condenatória, em 26-7-2016 (fl. 220), subtraindo-se o período de suspensão condicional do processo, decorreram apenas 1 ano e 3 meses, encontrando-se hígida a pretensão punitiva estatal.

Considerando que, à exceção dos argumentos expostos no voto do Dr. Leonardo Tricot Saldanha acerca da atipicidade da conduta em análise, não trouxe a defesa nenhum argumento novo, passa-se a transcrever as razões que fundamentaram o parecer anterior, com as complementações necessárias, atinentes ao exame da adequação típica da conduta.

Para a perfeita compreensão do tipo penal, deve-se ter em conta que a liberdade de expressão – indispensável à participação ativa do eleitor na perfectibilização da soberania popular – não pode interferir na liberdade de votar (sem constrangimentos ou pressões externas) que é, ao fim e ao cabo, o bem jurídico protegido pela norma penal em exame.

Assim, de um lado, permite-se a manifestação individual e silenciosa do eleitor, por meio do uso de bandeiras, broches e adesivos; mas, de outro lado, proíbe-se a aglomeração de pessoas usando vestuário padronizado e instrumentos de propaganda, capaz de caracterizar manifestação coletiva (art. 39-A, §1º, da Lei nº 9.504/97).

O Dr. Leonardo Tricot Saldanha reconheceu, em seu voto, que "a aglomeração de pessoas, portando bandeiras, no dia da eleição, é prática vedada". Entendeu, contudo, que "a lei não prevê o fato como infração criminal, nem determina sancionamento penal em caso de descumprimento da proibição". Essa última conclusão, com a devida vênia, não pode prosperar.

Rodrigo López Zílio[1], ao discorrer sobre a conduta das pessoas que se dirigem às seções eleitorais em dupla, para votar, carregando bandeiras de candidato, explica que "não é tolerado o ato de caráter coletivo, preordenado e com o objetivo de causar interferência no regular andamento dos trabalhos eleitorais e no processo de escolha dos candidatos". Isto, porque, consoante pontuam Luiz Márcio Pereira e Rodrigo Molinaro[2]:

1 *In* Crimes Eleitorais. Comentários à Nova Lei sobre os Crimes Eleitorais. Ed. Juspodivm. Salvador:2014. p. 238.
2 *Apud* Rodrigo López Zílio.

> "o objetivo da proibição é o de evitar o impacto visual causado por expressivo número de pessoas que, a pretexto de exercerem o direito à manifestação individual e silenciosa, sejam, na verdade, protagonistas de uma ação orquestrada com o intuito de influenciar a vontade do eleitor no decisivo momento do exercício do voto, com exibição de bandeiras, bonés e broches, em trajes uniformizados."

Passando-se ao exame do caso concreto, verifica-se que o boletim de ocorrência policial das fls. 6-10 dá conta da existência de "uma aglomeração de pessoas realizando 'bandeiraço' na esquina do local de votação" e que as dez pessoas que dele participavam, mesmo advertidas de que não poderiam praticar tal conduta, permaneceram no local. Já o auto de apreensão da fl. 11 documenta a apreensão de sete bandeiras com o nº 15 (PMDB) e de três bandeiras com o nº 11 (PP).

Os elementos de convicção colhidos na fase inquisitorial foram corroborados em juízo pelo depoimento do policial militar Anderson Gomes Trindade, que relatou ter avistado uma aglomeração de pessoas, da qual o acusado fazia parte, realizando "bandeiraço" (fls. 141-142).

Nesse contexto, seria de extrema ingenuidade acreditar que não houve "bandeiraço" simplesmente porque, no exato momento em que o referido policial chegou ao local, o réu não estava chacoalhando a bandeira, mas "eles estavam se reunido", "com algumas bandeiras abertas".

Tal panorama não foi alterado pelos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela defesa. O comerciante Pedro Pegoraro disse que foi contratado para fornecer alimentação às pessoas que realizavam o "bandeiraço" e justificou a aglomeração em frente às lojas Colombo aduzindo que era o local de entrega dos lanches (fls. 143-145). Já o designer gráfico Sandro Teixeira Branco, que afirmou ter sido contratado para confeccionar as bandeiras utilizadas na propaganda eleitoral, disse que, por volta do meio-dia, se reuniu em frente às lojas Colombo com algumas pessoas para trocar ou reparar as bandeiras que estavam estragadas (fls. 159-162).

Ora, tais testemunhos confirmam a existência de aglomeração de pessoas, durante o período de votação, nas proximidades de local de votação. Pouco importa a suposta razão para tal aglomeração – se a entrega de lanches ou o conserto das bandeiras – o fato é que, da forma como feita, teve potencialidade de influenciar a vontade do eleitorado.

Se o intuito fosse mesmo apenas aquele anunciado – repita-se: a entrega de lanches ou conserto das bandeiras – tal reunião deveria ter sido promovida em recinto fechado (não em local público), a fim de assegurar o cumprimento das regras eleitorais e evitar ofensa ao bem jurídico penalmente protegido, explicitado alhures.

Veja-se que o acusado, mesmo negando a prática do crime, terminou por admitir que houve aglomeração dos cabos eleitorais, da qual fez parte, mesmo após terem sido advertidos pelos policiais militares acerca da ilicitude do ato (fl. 164):

> Testemunha: Isso é realmente verdadeiro mesmo, porque eles avisaram a gente quando a gente estava se encontrando, quando a gente ia começar o lanche e troca os material, que a gente não poderia estar ali em grupado, só que a gente não tava tripulando as bandeiras nessa hora e a gente recebeu o aviso e a gente também falou pra eles que a gente só tava esperando o nosso lanche, que a gente pudesse caminhar depois e aí foi onde é que eles vieram e abordaram novamente e aconteceu tudo isso.
> Juíza: Então vocês estavam ali na Colombro, a polícia chegou e vocês continuaram ali?
> Testemunha: Eles avisaram nós, só que a gente tava esperando o lanche pegar pra sair, o lanche já tava chegando, aí quando a gente esperou o lanche, quando ele ia chegar eles chegaram de novo, entendeu? Não deu tempo, foi tudo muito rápido.

Portanto, estando comprovadas materialidade e autoria do delito, deve ser mantida a sentença condenatória.

2.3. DO PEDIDO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, em 17-2-2016, alterou o entendimento que vinha adotando desde 2009[3] a respeito da (im)possibilidade da execução provisória da pena, para deixar assentado que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".

Com efeito, tal como referido pelo Ministro Teori Zavascki, Relator do acórdão acima mencionado, após julgamento do feito em segunda instância, fica, de ordinário, ressalvada a estreita via da revisão criminal, definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa – e a conclusão sobre a comprovação da autoria e da materialidade do delito.

É dizer, considerando que os recursos de natureza extraordinária não possuem ampla devolutividade, não se prestando ao reexame da matéria fático-probatória, mas à preservação da higidez do sistema normativo, eventual modificação do veredito condenatório daí decorrente ocorrerá, no mais das vezes, em razão de divergência do entendimento sobre questões processuais ou diante da extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição da pretensão punitiva (quase sempre impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa), ou seja, sem que haja alteração quanto à conclusão acerca da caracterização da autoria e materialidade delitivas.

Assome-se a isso, o fato de os recursos excepcionais não possuírem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 257 do Código Eleitoral), bem assim que situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios podem sempre ser corrigidas mediante interposição de cautelares para atribuição do aludido efeito a esses recursos e por meio do ajuizamento de *habeas corpus.*

3HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26-2-2010.

Daí é possível afirmar que, a partir da condenação criminal em segundo grau de jurisdição, o princípio da presunção de inocência[4] – que até esse momento processual vigorava de forma distinta, por meio das garantias atinentes ao devido processo legal e ao direito probatório – pode (e deve) – em atenção à efetividade da função jurisdicional penal, à necessidade de pacificação social dos conflitos[5] e à garantia de segurança pública (direito fundamental de todos e dever constitucional do Estado) – ser interpretado de forma mais adequada, considerando que a expressão "culpado", inscrito no inciso LVII, do artigo 5º da Carta Maior, não possui, semanticamente pelo menos, o mesmo significado da expressão "preso"[6].

Ou, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, citado pelo Relator Teori Zavaski no voto proferido no HC 126.292/SP:

> 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.
> (...)
> 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

4De acordo com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP: A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144)

5Também de acordo com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP: A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

6Novamente o Ministro Luís Roberto Barroso pontua que: Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que "*ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*", logo abaixo, o inciso LXI prevê que "*ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*". (…) Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

> 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. (…)

Tal entendimento já encontrou eco no Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende da ementa abaixo transcrita:

> RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. (...) **PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA.** PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. MARCO DEFINIDOR. RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. RECURSO ESPECIAL JÁ ANALISADO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. NOVAS DIRETRIZES DO STF. POSSIBILIDADE.(...)
> 4. A decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), indica 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. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se a gravidade do quadro de "desarrumação" do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.
> 5. **Sob tal perspectiva é possível assimilar 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 visão também 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.**

6. O aresto proferido pelo STF sinaliza 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 malferimento ao princípio da não culpabilidade. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidido que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). **Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos.**
7. Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. Tal seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à vol d'oiseau, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.
8. Todavia, no caso dos autos, o embargante foi condenado, por fatos ocorridos há quase dez anos, pelo crime de fraude ao caráter competitivo da licitação e por corrupção passiva. 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 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, dado o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (prescrição da pretensão punitiva apenas com relação ao crime de quadrilha).9. 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. 10. Embargos de declaração rejeitados. Acolhido o pedido do Ministério Público Federal e 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.

(EDcl no REsp 1484415/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/04/2016) (grifos nossos)

No mesmo sentido, o seguinte julgado do TRF da 4ª Região:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. HIGIDEZ.
1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 126.292, resgatou jurisprudência antes consolidada que entendia constitucional a execução provisória da pena, afastando entendimento de violação à presunção de inocência. Conforme notícia no *site* do STF, o Ministro Relator Teory Zavascki enfatizou que, após o julgamento pelo Tribunal de segunda instância, *'exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. 'Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado', afirmou'*
2. É dizer que os recursos excepcionais, de regra destituídos de efeito suspensivo, visam não propriamente ao julgamento do caso concreto, mas à preservação da higidez e da coerência do sistema jurídico, buscando a uniformização da interpretação da lei federal e da Constituição. Assim, a formação ou a confirmação de um juízo condenatório em segundo grau exaure, de fato e de direito, a análise probatória e as instâncias ordinárias de jurisdição.
3. Hígida a decretação de execução provisória da pena pelo Tribunal.
4. Descabe ao Juízo Federal decidir acerca do local e da forma de cumprimento da pena, tendo exclusiva competência para determinar expedição de guia de recolhimento provisório ao Juízo de Direito da Vara de Execução Penal da Comarca. A matéria relativa ao regime prisional de cumprimento da pena refoge à competência da Justiça Federal e, por via oblíqua, desta Corte. Entretanto, considerando que houve explícita decisão acerca do ponto, e que tal entendimento pode estar acarretando a submissão do paciente à regime mais gravoso do que aquele ao qual foi condenado, violando inclusive a Súmula Vinculante aprovada pelo STF em 29/06/2016, que tomará o nº 56 *('A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320'*), cabível decretação de anulação do ponto da decisão que tratou de questão acerca da qual padece de competência.

> (HC nº 5027588-83.2016.4.04.0000/PR, Rel. Des. Federal Cláudia Cristina Cristofani, julgado em 5-7-2016)

Os argumentos contrários a essa tese propugnam que: 1) a decisão proferida pelo Pretório Excelso não possui eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante; 2) a orientação do STF não pode ser adotada pela Justiça Eleitoral, sob pena de configuração de um inegável contrassenso, pois para as ações cíveis eleitorais há previsão específica no §2º do art. 257 do Código Eleitoral, segundo o qual os recursos ordinários dirigidos ao TSE, interpostos contra acórdãos de Regionais que resultem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo, devem ser recebidos com efeito suspensivo; 3) a decisão proferida em segunda instância pode ser reformada na via especial, não havendo como se reverter o tempo de prisão indevidamente cumprido.

Em relação ao primeiro ponto, transcreve-se trecho do voto do Dr. Luiz Felipe Brasil Santos na Pet 27-33.2016.6.21.0000:

> De início, cabe-me expressar o óbvio: a última palavra, em matéria constitucional, é aquela proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*, da Carta Magna).
> Ora, se há manifestação de seu Tribunal Pleno, apontando para a compatibilidade do imediato cumprimento da pena, após o julgamento pelo respectivo tribunal de apelação (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Superior Tribunal Militar), com o art. 5º, inc. LVII, da Carta da República, a observância de tal decisão é o caminho que recomenda a lógica do sistema judicial.
> Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil, em seus arts. 926 e 927, além de outras disposições, positivou, em nosso ordenamento, imperativo que caminha no sentido de instituto típico do direito anglo-saxão: o *stare decisis*. E, se queremos um Poder Judiciário mais eficiente e dinâmico, que dê as respostas processuais com maior celeridade, o que se revela como anseio da sociedade civil, expressamente posto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXXVIII (a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), este é o caminho a trilhar.

No caso em apreço, ainda que a decisão do Pleno do STF tenha sido proferida em *habeas corpus* – e não em ação de controle abstrato de constitucionalidade, de típico efeito *erga omnes* – não foi embasada em peculiaridades do caso concreto, mas no exame da compatibilidade das normas processuais penais – artigos 283 e 637 do Código de Processo Penal – com o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Está-se, portanto, diante de uma mudança de posicionamento, aplicável a todos os demais processos envolvendo casos de réus condenados em segunda instância que aguardam julgamento de recursos especiais e extraordinários, até mesmo por imperativos de igualdade – como necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para situações iguais – e de segurança jurídica – pois não pode a lei ser julgada constitucional num caso e inconstitucional em outro.

Tanto assim que o Ministro Teori Zavascki, no encerramento de seu voto, deixou clara a intenção de que a tese ali defendida pudesse ser reproduzida nos demais casos em que debatida a mesma questão:

> 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.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o caráter expansivo, para fora dos limites do caso concreto, das decisões a respeito da (in)constitucionalidade das normas em controle difuso:

> Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. **Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão.**
> 6. Reclamação julgada procedente. (STF, Reclamação n. 4335, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20.3.2014)

Por essas razões, o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado o entendimento consagrado o HC 126.292/SP, consoante se observa nos julgados abaixo transcritos:

> Agravo regimental em habeas corpus. 2. Delito descrito no art. 38-A da Lei n. 9.605/1998 (Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção). Condenação confirmada em grau de apelação pela Corte estadual. 3. Alegação de impossibilidade do cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Improcedência. 4. Execução provisória da pena. O Plenário no recente julgamento do HC n. 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 133679 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016)

> Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Tráfico internacional de entorpecentes. 3. Liberdade provisória. Impossibilidade. Alegação de excesso de prazo para o trânsito em julgado da ação penal. Inexistente. 4. Execução provisória da pena. **O Plenário em recente julgamento do HC 126.292/SP, relatoria do Min. Teori Zavascki (Ata nº 2, DJe 19.2.2016), firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial.**
> **Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso.** Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (RHC 133483 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016)

Ainda, no HC 133.387, o Ministro Relator Edson Fachin, em decisão datada de 14-6-2016, ponderou o seguinte:

Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP.
Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.
(…)
Nem mesmo a regra do art. 283, CPP, com sua atual redação, conduz a resultado diverso. Referido artigo dispõe que " ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".
Essa redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011, a qual alterou dispositivos "relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares". Ao contrário do que se tem propalado, com a devida vênia de quem concebe diversamente, não depreendo da regra acima transcrita, a vedação a toda e qualquer prisão, exceto aquelas ali expressamente previstas. Tem-se sustentado que, à exceção da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão restaram revogadas pela norma do referido art. 283 do CPP, tendo em vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).
Inicialmente, consigno que não depreendo entre a regra do art. 283 do CPP e a regra que dispõe ser apenas devolutivo o efeito dos recursos excepcionais (art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC) antinomia que desafie solução pelo critério temporal.
Se assim o fosse, a conclusão seria, singelamente, pela prevalência da regra que dispõe ser mesmo meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP.
Entendo aplicável ao caso, ao contrário, o disposto no art. 2°, § 2°, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942), segundo o qual regra posterior que dispõe sobre questão especial não revoga as disposições especiais já existentes.
Em outras palavras, não há verdadeira antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de Apelação.

> Primeiro, porque não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.
> É intuitivo que as demais prisões reguladas por outros ramos do direito, como é o caso da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, permanecem com suas regulamentações intactas, a despeito da posterior entrada em vigor do disposto no art. 283 do CPP.
> Vale dizer, fosse correta a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo, estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas.
> Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratado exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do art. 283 do CPP e aquela que atribui efeito meramente devolutivo aos recursos excepcionais.
> Como dito, houvesse incompatibilidade a ser sanada pelo critério temporal (regra posterior revoga regra anterior com ela incompatível), prevaleceria a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, dada a vigência posterior dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC.
> Da forma como concebo referidas normas, no que diz respeito à condenação, o disposto no art. 283 do CPP impõe, como regra, o trânsito em julgado do título judicial. Vale dizer, sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos embargos infringentes) de Tribunais locais, como regra, não podem produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos.
> (…)
> Como dito, o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.
> A afirmação da vigência do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP.[7]

7A decisão do ministro Edson Fachin no Habeas Corpus 133.387, assinada na terça-feira, mostra que o Supremo Tribunal Federal deve manter o entendimento de que a prisão de uma pessoa condenada em duas instâncias é constitucional. Em duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs 43 e 44), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional pedem ao STF que

No tocante ao segundo ponto, tratando-se de matéria analisada à luz da Constituição Federal e sendo do STF a última palavra sobre a questão, deverá o TSE curvar-se a tal entendimento. Além disso, objeta-se que as sanções penais tem por finalidade a tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade, sendo distintos os tratamentos dados às infrações numa e noutra esfera, até mesmo em razão da independência das instâncias cível e penal. De qualquer modo, é na esfera criminal que se exige a prova mais robusta para a condenação e é desta a aptidão para fazer coisa julgada no cível (e não o contrário).

Pondera-se, ainda, que em direito eleitoral a regra é a ausência de efeito suspensivo (art. 257 do Código Eleitoral) e que, em matéria penal eleitoral, o art. 363 do Código Eleitoral determina a execução assim que proferida a decisão condenatória pelo Tribunal Regional. Nesse sentido, o TRE-SP já se pronunciou:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. MOMENTO DO INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA. EXISTÊNCIA DO VÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ADMITIDA.
> **O início do cumprimento da pena não exige o trânsito em julgado, basta a existência de um juízo de incriminação do acusado em segundo grau. Precedentes: STF.**
> EMBARGOS ACOLHIDOS, DE FORMA INTEGRATIVA, COM DETERMINAÇÃO.
> (EMBARGOS DE DECLARACAO EM PROCESSO nº 8515, Acórdão de 29/03/2016, Relator(a) ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 07/04/2016)

reconheça a "legitimidade constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória". O intuito, na prática, é reverter a decisão do Supremo no julgamento, em fevereiro, do HC 126.292. A questão chegou ao Congresso. O deputado Wadih Damous (PT-RJ) apresentou o Projeto de Lei 4577-16 que propõe dar aos recursos extraordinário e especial efeito suspensivo e, assim, impedir a execução provisória da pena.A decisão no HC 133.387 serve para confirmar a jurisprudência recente da Corte. Até porque o tema enfrentado no habeas corpus – o artigo 283 do Código de Processo Penal – é o mesmo a ser discutido nas duas ADCs.

No que tange ao terceiro ponto, contrapõe-se os dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, segundo os quais o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria[8].

Por último, considerando que a execução provisória da pena é decorrência da condenação do réu em segundo grau de jurisdição, após os julgamentos de primeira e segunda instância, por Juízes experientes, com a comprovação da existência de provas suficientes de autoria e materialidade da prática delitiva, jamais a execução nesses termos pode ser considerada temerária.

Ora, formada a convicção de que deve ser mantida ou proferida a condenação do réu, após análise exauriente do contexto probatório, decorrência lógica desse fato é a crença de que deve o réu cumprir a pena que lhe foi imposta – imediatamente ou após o trânsito em julgado da condenação – e não de que tal decisão deva ser reformada pela instância superior – onde o exame da matéria é restrito às questões de direito.

Por oportuno, transcreve-se trecho do voto do Ministro Edson Fachin no HC 126.292/SP:

> Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (e o Tribunal Superior Eleitoral, nos casos dos recursos especiais eleitorais em matéria criminal), terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar "*injustiças do caso concreto*".

8 Informação retirada do Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP, p. 7

> O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados (sete, no caso dos Tribunais Regionais Eleitorais) em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças (as observações entre parênteses são nossas).

Destaca-se, por fim, que, para a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, pouco importa se a pena em questão é privativa de liberdade ou foi substituída por restritiva de direitos. É dizer, se os fundamentos da referida decisão flexibilizam o disposto no artigo 105[9] da Lei de Execução Penal, para permitir a execução provisória de pena privativa de liberdade (mais grave), com mais razão também o disposto no 147 [10] Lei de Execução Penal, cuja redação é anterior à Constituição Federal de 1988, deve ser adequado à exegese constitucional, para promover-se a execução provisória da pena restritiva de direitos (menos grave)

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, manifesta-se o Ministério Público Eleitoral pelo desprovimento do recurso e requer a imediata execução provisória da condenação, com a extração de cópia do acórdão condenatório e encaminhamento para o operoso Juízo de Execução.

Porto Alegre, 12 de agosto de 2016.

Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

C:\conversor\tmp\2a9777sm9vsoht71jeoa733585003390602381608192300 31.odt

9 Art. 105. 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.

10 Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.