



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

Registro: 2018.0000966212

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0008808-32.2014.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado UZIAS SANTOS RIBEIRO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo Ministerial, para condenar o réu como incurso nas penas do art. 180, "caput", do Código Penal, a uma pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, regime fechado, afora 22 (vinte e dois) dias-multa, diária mínima. Expeça-se, imediatamente, mandado de prisão em desfavor do réu, consoante o 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), oficiando-se à Origem para as providências cabíveis. 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



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

Apelação Criminal n. 0008808-32.2014.8.26.0348

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Uzias Santos Ribeiro

Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Mauá

MM. Juiz de Direito: Kleber Leles De Souza

Voto n. 9.909

APELAÇÃO MINISTERIAL. (1) RECEPÇÃO DOLOSA. ABSOLVIÇÃO. REFORMA. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. (2) DEPOIMENTO DE AGENTES PÚBLICOS. VALIDADE. (3) INDÍCIOS QUE EVIDENCIAM O DOLO PERTINENTE À ESPÉCIE CRIMINOSA. (4) CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO REAFIRMAM O DOLO DO RÉU. CONDENAÇÃO. (5) PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DA PREEEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS. (5.1.) PENA AGRAVADA, MERCÊ DA DUPLA REINCIDÊNCIA DO RÉU. POSSIBILIDADE. (5.2.) REGIME FECHADO CABIMENTO. (5.3.) INAPLICÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, ANTE A VEDAÇÃO CONSTANTE NO ART. 44, II E III, TAMPOUCO CABÍVEL A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA, "EX VI" DO ART. 77, I E II, TAMBÉM DO CÓDIGO PENAL. (6) RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A materialidade e a autoria foram comprovadas com relação ao crime de receptação dolosa. As circunstâncias do caso concreto comprovaram o dolo adequado à espécie.

2. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Cezar Peluso – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. Luiz Fux – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842).

3. Receptação dolosa. Ciência da origem criminosa da "res". A circunstância do caso concreto, assaz comprometedora, leva à necessidade de demonstração da causa legitimadora da posse do réu, ônus do qual ele não se desincumbiu. Precedentes do TJSP (Ap. 0004535-08.2009.8.26.0470 – 4ª C – Rel. Des. Camilo Léllis – j. 28.03.17 – DO 30.03.2017; Ap. 0054334-09.2015.8.26.0050 – 9ª C – Rel. Des. Carlos

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

Monnerat – j. 16.03.2017 – DO 22.03.2017; Ap. 0039045-65.2011.8.26.0506 – 9ª C – Rel. Des. Souza Nery – j. 17.02.2017 – DO 20.02.2017; Ap. 005535-26.2010.8.26.0050 – 3ª C – Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro – j. 14.02.2017 – DO 16.02.2017 e Ap. 0000341-70.2014.8.26.0443 – 15ª – Rel. Des. Camargo Aranha Filho – j. 15.12.2016 – DO 16.12.16).

4. Pena-base fixada acima do mínimo legal, ante a existência de circunstâncias judiciais desabonadoras.

4.1. Dupla reincidência. A fração adotada revela-se razoável, porquanto se trata de réu birreincidente, a qual, assim como a reincidência específica, reclama incremento sancionatório acentuado. No duro, entendo cabível a aplicação de fração intensificada, nesta fase. A medida revela-se razoável porque se trata de dupla reincidência, e porque o Juízo possui o livre convencimento para agravar a sanção. Precedentes do STJ (STJ – HC n. 262.890/RJ - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. 20.05.2014; HC n. 262233/RJ - Rel. Min. Laurita Vaz – j. 18.03.2014 – DJe 28.03.2014; HC n. 277.995/RS - Rel. Min. Moura Ribeiro – j. 18.02.2014 e HC n. 270.555/SP - Rel. Min. Marilza Maynard – Des. Convocada do TJ/SE - j. 07.11.2013).

4.2. Regime fechado. A imposição de regime inicial fechado para o cumprimento da pena é o único compatível com o caso em tela, réu contumaz na prática do ataque ao patrimônio alheio, tendo diversas condenações transitadas em julgado a orquestrar, além de maus antecedentes criminais, dupla reincidência, de modo que se mostrou inservível medida diferente à aplicada. Disposto que encontra previsão no art. 33, §3º, combinado com o art. 59, "caput", ambos do Código Penal.

4.3. Não se cogita da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou da suspensão condicional da pena privativa de liberdade, benesses incompatíveis com a condição do apelante, inteligência do art. 44, II e III e do art. 77, I e II, ambos do Código Penal.

5. 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.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

– 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



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

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).
6. Recurso Ministerial que comporta parcial provimento, com ordem de expedição de mandado de prisão.

VOTO

Uzias Santos Ribeiro foi denunciado e processado como incurso no art. 180, §1º, do Código Penal e, ao final, foi absolvido, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 237/241).

Recorre, agora, o **Ministério Público do Estado de São Paulo**, pleiteando a condenação do réu nos termos propostos na denúncia, por entender serem suficientes as provas carreadas aos autos (fls. 257/263).

A defesa do réu ofereceu contrarrazões de apelação, pugnando pelo improvimento da apelação interposta pelo "Parquet" (fls. 268/283).

Chamada à fala, a **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo provimento do recurso Ministerial, objetivando a condenação do réu nos termos propostos na exordial acusatória (fls. 293/299).

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

Dou parcial provimento ao apelo Ministerial interposto.



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

Deveras, a materialidade criminosa receptadora dolosa está consubstanciada no auto de prisão em flagrante (fls. 02/13), no boletim de ocorrência, referente ao crime destes autos (fls. 16/20), no boletim de ocorrência, acerca do crime de origem, a saber, furto (fls. 21/24), no auto de exibição e apreensão (fls. 25/26), nas fotografias atinentes aos maquinários, objetos deste processo, encontrados no interior do imóvel (fls. 27), inclusive a fotografia do anúncio apontando o seu endereço (fls. 29), no auto de entrega (fls. 35) e no auto de avaliação (fls. 36/37), tudo a demonstrar o encontro das "rei" na posse do réu, bem como nas provas orais amealhadas aos autos e colhidas sob o manto do contraditório (fls. 180 e 207/208 - mídias audiovisuais).

Outrossim, a autoria criminosa receptadora dolosa é certa e deve ser atribuída ao réu.

Senão, veja-se.

O réu, em solo policial, emudeceu-se (fls. 12). Em Juízo, por sua vez, negou a autoria dos fatos. Aduziu que foi abordado no interior do veículo "VW Golf", pelos policiais civis, quando regressava do trabalho. De início, imaginou que se tratava de uma abordagem de rotina, mas posteriormente foi acusado de estar na posse de algumas máquinas de fabricação alimentícia, anteriormente furtadas. No mais, disse não saber o porquê dos policiais civis lhe imputarem a autoria dos fatos e que conhecia "João mecânico", locatário do imóvel em que foram encontradas as "rei furtiva" (fls. 180 - mídia audiovisual).

Mas, em que pese a negativa ofertada pelo réu, em Juízo, sobre a sua participação no enredo criminoso, aliás, ilhada e escoteira nos autos, o caso é mesmo de condenação, não havendo qualquer prova que pudesse sustentar eventual perseguição ou inimizade por parte dos responsáveis pela sua incriminação.



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

A vítima **Daniel Rodrigues**, em solo inquisitivo, confirmou o furto das máquinas de fabricação de alimentos, ocorrido na data de 19 de julho de 2014, como também confirmou que elas foram apreendidas em poder do apelado. Disse, ainda, que elas consistiam em uma prensa compactadora de 50kg, uma máquina de cortar lasanha e uma máquina de pizza, bens avaliados em um total aproximado de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Por fim, acresceu que, após comparecer ao local em que as máquinas foram apreendidas, visualizou a fotografia de um anúncio em um "site" de vendas na "internet", em que uma delas, no caso, uma máquina de salgados, encontrava-se exposta à venda e constatou que o piso do imóvel e a bicicleta, que apareciam no referido anúncio, seriam idênticos àqueles encontrados no local em que os bens móveis foram encontrados e apreendidos. Por fim, reconheceu as "rei furtiva" como aquelas de sua propriedade (fls. 08).

Por sua vez, **Maria Lucineide**, testemunha arrolada pela acusação, em Juízo, aduziu ser proprietária do imóvel e disse desconhecer a pessoa do réu. No mais, asseverou que alugou o local para "João mecânico", sem qualquer contrato, sob a justificativa de que um parente traria as máquinas para serem guardadas no imóvel. Posteriormente, soube que "João mecânico" falecera e desde então as chaves teriam sumido. No mais, confirmou que franqueou a entrada dos policiais civis e que eles trouxeram o réu em um segundo momento. Por fim, a depoente esclareceu que, no momento em que entrou no imóvel, visualizou as três máquinas no interior da residência e, mesmo depois de deixar o local, um dos policiais civis ainda teria permanecido no imóvel (fls. 180 - mídia audiovisual).

Já as testemunhas arroladas pela acusação, os policiais civis **Paulo Bernardo** e **Marcelo Rodrigues**, na fase policial, apresentaram versões uníssonas e colaborativas, nas quais asseveraram que informações davam conta de que um indivíduo, de prenome "Uzias", estaria em poder de algumas



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

máquinas industriais de origem criminosa e que ele transitava pelas cercanias do bairro Jardim Santo André, na condução de um veículo "VW Golf", de cor vermelha. Ato contínuo, realizaram diligências pelos entornos e surpreenderam o réu na condução do veículo em comento e, após abordá-lo, indagaram-no sobre os fatos investigados. Inicialmente o réu negou, mas ao verificarem uma mensagem de texto no seu aparelho de telefone celular, em que negociava a venda de uma das máquinas, ele admitiu ter em sua posse três máquinas de produção de alimentos, oriundas de um crime anterior, e que teria tentado vendê-las, inclusive indicou o local em que poderiam ser encontradas. Por fim, orientados pelo acusado, rumaram para o local indicado e encontraram as "rei furtiva", posteriormente reconhecidas pela vítima como de sua propriedade (fls. 03/04 e 06). Em Juízo, ratificaram as suas narrativas anteriormente ofertadas, não obstante a dificuldade de se recordarem de todos os detalhes que envolveram a investigação e a prisão do apelado, o que compreensível em razão do tempo e das diversas diligências realizadas (fls. 208 - mídia audiovisual).

Aliás, falando-se em policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexistente qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que sejam, prestados por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexistente qualquer impedimento ou suspeição, no Código de



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

Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações."

(STF – HC 87.662-5/PE – Rel. Min. Carlos Ayres Britto – j. 05.09.06 – DJU 16.02.07);

"O valor de depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."

(STF-HC 73.518-5 - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 18.10.96, p. 39.846);

"A jurisprudência do STF é no sentido de que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita."

(STF-HC 70.237- Rel. Min. Carlos Velloso - RTJ 157/94).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do Supremo Tribunal Federal, pacífico é o entendimento atual do Superior Tribunal



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

de Justiça, a saber:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO FUNDADOS, EXCLUSIVAMENTE, EM DENÚNCIA ANÔNIMA. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. 2. DECISÃO QUE DETERMINOU A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 4. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. 5. ELEMENTO PROBATÓRIO DECORRENTE DA MEDIDA CAUTELAR. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. 6. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. 7. ANÁLISE DE CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 8. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 9. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

6. O depoimento de policiais é elemento idôneo à formação da convicção do magistrado quando em conformidade com as demais provas dos autos."

(STJ – AgRg no AREsp 262.655/SP – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 06.06.2013 – DJU 14.06.2013);

"HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXAME DE CORPO DE DELITO. ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE QUANDO PRESENTES PROVAS OUTRAS NOS AUTOS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ E STF. ALEGADA NULIDADE INEXISTENTE. [...]. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS OFENDIDOS. VALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOBSERVÂNCIA.

[...]

2. Ainda que assim não fosse, in casu, constata-se que o Juízo Singular, ao proferir a sentença, após proceder ao cotejo do contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando o édito repressivo no depoimento dos policiais.

3. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido - no caso os policiais, representado o Estado Administrador/sujeito passivo do crime -, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento.

4. Nesse contexto, e com maior razão, **esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo.**

5. Ordem denegada."

(STJ – HC 177.980/BA – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 28.06.2011 – DJU 01.08.2011);



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

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTS. 33, DA LEI N.º 11.343/06, 304 E 333, DO CÓDIGO PENAL. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. ILEGALIDADE DA DOSIMETRIA DAS PENAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

1. O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ.

2. **Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório.** Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

[...]"

(STJ – HC 149.540/SP – 5ª T. – **Rel. Min. Laurita Vaz** – j. 12.04.2011 – DJU 04.05.2011);

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA: 7 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO E 17 DIAS-MULTA. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS, EM JUÍZO, POR POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. PRECEDENTES DESTA STJ. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR RECONHECIMENTO DE INSUBSISTÊNCIA DAS PROVAS DOS AUTOS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, **são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito**, tal como se dá na espécie em exame.

[...]"

(STJ – HC 156.586/SP – 5ª T. – **Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho** – j. 27.04.2010 – DJU 24.05.2010).

Especificamente quanto aos guardas civis, de regra municipais, insta uma análise mais voltada à situação que os envolve, haja vista algumas peculiaridades que lhes são únicas.

De início, como se sabe, os guardas municipais integram os quadros funcionais do Município, cujo desempenho básico é a defesa do patrimônio público municipal. Em uma atuação secundária, cabe aos guardas municipais a defesa da população local, compreendida na repressão de atos



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

criminosos danosos aos cidadãos, até porque, caso assim não ajam, responderiam na forma do art. 13, §2º, "a", do Código Penal, por omissão imprópria, dado que têm o dever de agir, posto que a lei obriga o dever de cuidado, proteção e vigilância.

Além do que, a preservação da ordem pública é responsabilidade de todos, sendo conferido aos Órgãos de segurança o dever legal. Desta forma, é conferida à Guarda Municipal, sempre civil, a possibilidade de prender quem estiver em flagrante delito, bem como recolher todos os instrumentos utilizados na prática da infração penal, a fim de que melhor subsidie a apuração dos fatos, nisto incluída a revista pessoal.

Vasta é a jurisprudência nesse sentido, aqui a do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. **A PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA É RESPONSABILIDADE DE TODOS, SENDO DEVER DAQUELES QUE COMPÕEM A SEGURANÇA PÚBLICA.** SUPERVENIÊNCIA DA CONVERSÃO EM PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. POSSE DE 12 PORÇÕES DE COCAÍNA. PRECEDENTES.

[...]

2. A Quinta Turma deste Sodalício assentou que pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, §8º, CF), bem como qualquer um do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).

[...]"

(STJ – HC 290.371/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Moura Ribeiro – j. 27.05.2014 – DJe 30.05.2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO. **FLAGRANTE REALIZADO POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA INEXISTENTE.**

1. Nos termos do artigo 301, do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito,



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

razão pela qual não há qualquer óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, sendo certo, ainda, que a lei processual penal, em momento algum, exige que policiais civis ou militares sejam acionados para que dêem suporte ou apoio a quem esteja efetuando a prisão, como aventado na impetração. Precedentes.

[...]"

(STJ - RHC 45.173/SP - 5ª Turma - Rel. Min. Jorge Mussi - j. 06.05.2014 - DJe 14.05.2014);

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **REVISTA FEITA POR GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA.** REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ART. 33, §2º, A, DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. **Embora exista norma constitucional (art. 144, §8º, da CF) limitando a função da guarda municipal à proteção dos bens, serviços e instalações do município, não há nulidade na decisão impugnada, porquanto a lei processual penal, em seu art. 301 do CPP, disciplina que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".**

[...]"

(STJ - HC 109.105/SP - 5ª Turma - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - j. 23.02.2010 - DJe 22.03.2010).

Além do mais, recentemente foi sancionada a Lei n. 13.022/14, que dispõe acerca do Estatuto Geral das Guardas Municipais. Referido diploma legal institui normas gerais para as Guardas Municipais, disciplinando o art. 144, §8º, da Constituição Federal. Segundo este dispositivo constitucional, as Guardas Municipais devem ser disciplinadas por meio de lei. A Lei n. 13.022/14 constitui norma geral, aplicável a todas as leis municipais que tratem sobre suas respectivas guardas, posto que cada Município deve editar a sua própria lei, adequando-se às disposições do Estatuto Geral das Guardas Municipais.

A importância dessa Lei encontra-se no fato de que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal. Dispõe esta norma constitucional que "os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei". A interpretação restritiva encontra-se no fato de que as Guardas Municipais sempre tiveram um papel relacionado com a



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

proteção do patrimônio municipal. A Lei n. 13.022/14 amplia a interpretação, estabelecendo que as Guardas Municipais podem colaborar com os demais Órgãos de segurança pública, no caso as Polícias Civil e Militar.

Isso se depreende das competências que a Lei confere às Guardas Municipais. O art. 4º atribui a competência geral, qual seja, a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município, conforme já previsto na Constituição Federal. Por outro lado, o art. 5º adjudica as competências específicas. E é entre as competências específicas que podemos destacar que as Guardas Municipais não estão restritas à proteção do patrimônio municipal, mas também lhes são atribuídas funções de colaboração na apuração penal e defesa da paz social. Pode-se destacar, por exemplo, que são competências específicas das Guardas Municipais:

"Art. 5º [...]

IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;

XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;

XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal;

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento."

Outrossim, não cabe qualquer alegação de inconstitucionalidade da Lei n. 13.022/14, por ter este diploma conferido poderes às Guardas Municipais de atuarem em prol da segurança pública. Em



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

primeiro lugar, as Guardas Municipais integram o sistema de segurança pública do Estado, razão pela qual se encontram em um dos parágrafos do art. 144, da Constituição Federal. Em segundo lugar, a atuação das Guardas Municipais é sempre ligada às suas atribuições constitucionais (proteção do patrimônio municipal) ou, quando mais ampla, atuará em colaboração com os demais Órgãos de segurança pública (Polícias Civil ou Militar). Inclusive, é o que dispõe o art. 5º, IV e parágrafo único, da Lei. Por fim, as Guardas Municipais, quando no exercício da sua competência, deverão obedecer as competências dos Órgãos Federais e Estaduais, prestando o auxílio necessário para a elucidação dos fatos.

Pelo que se vê, as Guardas Municipais estão investidas na incumbência de garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de delitos, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência ou, no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso.

Por isso, força convir, os depoimentos dos policiais civis merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo de um decreto condenatório, ainda mais quando conciliados com as demais provas dos autos.

Essa é a prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

Contudo, a figura qualificada do crime de receptação, por ser um tipo penal próprio, exige uma qualidade especial do agente, a saber, ser ele comerciante ou industrial, ainda que informalmente, caso não presenciado nos autos. Ora, as provas apresentadas evidenciaram que o réu, após ocultar e guardar em depósito os bens móveis receptados, tentou expô-los à venda em um "site" de vendas na "internet", mas de forma eventual e, portanto, destituído da qualidade essencial de quem explora a atividade comercial, conforme ensina **Cezar Roberto Bitencourt**:



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

"A receptação qualificada é *crime próprio*, exigindo do sujeito ativo uma *qualidade especial*, qual seja, tratar-se de comerciante ou industrial, que deve praticá-lo no exercício de seu mister profissional, mesmo que irregular ou clandestino. Essa exigência legal não apenas reconhece a maior desvalia da ação executada pelo agente como afasta a possibilidade de o cidadão comum, isto é, sem a qualificação especial mencionada, responder diretamente por essa espécie de infração penal. Na verdade, essa somente poderá ser alcançado por meio do concurso eventual de pessoas."

(Tratado de Direito Penal, Parte Especial - 3 Volume, 6ª edição atualizada, Editora Saraiva, 2010).

Sigo.

Assim, a materialidade criminosa receptadora dolosa restou devidamente consubstanciada no auto de prisão em flagrante (fls. 02/13), no boletim de ocorrência, referente ao crime destes autos (fls. 16/20), no boletim de ocorrência, acerca do crime de origem, a saber, furto (fls. 21/24), no auto de exibição e apreensão (fls. 25/26), nas fotografias atinentes aos maquinários, objetos deste processo, encontrados no interior do imóvel (fls. 27), inclusive a fotografia do anúncio apontando o seu endereço (fls. 29), no auto de entrega (fls. 35) e no auto de avaliação (fls. 36/37), tudo a demonstrar o encontro das "rei" na posse do réu, bem como nas provas orais amealhadas aos autos e colhidas sob o manto do contraditório (fls. 180 e 207/208 - mídias audiovisuais)

A autoria do crime de receptação dolosa, como se viu, também se mostrou inconteste.

Deveras, as circunstâncias do caso concreto permitem, indubitavelmente, afirmar-se que o réu sabia da origem criminosa das "rei", ele que tinha em depósito, para proveito próprio, três máquinas industriais destinadas à produção de alimentos, consistentes em uma máquina de prensa



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

compactadora de 50kg, uma máquina cortadora de lasanha e uma máquina de pizza, pertencentes à vítima Daniel Rodrigues. Isso porque, a origem ilícita dos bens móveis vem noticiada no boletim de ocorrência n. 5328/2014 (fls. 21/24), que registra o crime de furto das referidas máquinas, ocorrido em 19/07/2014, há pouco mais de setenta dias antes dos fatos apurados neste processo-crime (30/09/2014). E mais, os policiais civis Paulo Bernardo e Marcelo Rodrigues, em Juízo e fora dele, asseveraram que o sucesso da incursão policial, que culminou no encontro das "rei furtiva", somente foi possível mercê da precisa indicação, por parte do réu, do local em que estavam os bens móveis receptados, a demonstrar o seu grau de comprometimento com o enredo criminoso, bem como a sua ciência sobre a origem espúria desses objetos.

Destarte, todos esses pontos formam, à saciedade, um conjunto de indícios que, indiscutivelmente, somados, evidenciam um resplandecente mosaico do qual se extrai, nitidamente, a figura da prática do crime de receptação dolosa imputado ao recorrido, nos estreitos moldes descritos na denúncia e aqui confirmados.

Aliás, a respeito da validade dos indícios para a formação do convencimento do julgador, o Supremo Tribunal Federal já entendeu:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas - foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da

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

conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

comportamento de alguma forma culposo se infere *daqueloutro* fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária -, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador -, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas.

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa



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

do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I -, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. Cezar Peluso** – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constatava na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo Cabral (*Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, Nº 2, aprilegiugno, 2005, passim).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto cioè che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra".(...)La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice.(...)Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale, come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima della presunzione hominis è data dalle prove indiziarie.)*



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

(LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstutivo; mais precisamente: *'o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade'* (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que *'indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente'* (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como *"a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias"*. Doutrina (LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é

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

admitida, *v. g.*, em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexó preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' **não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório**. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a



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

Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do álibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal (*'A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]'*). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ÁLIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156)**. III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENAÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante. (HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do álibi, preleciona Damásio de Jesus que *'[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão'* (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."

(STF - AP 470/MG - Pleno - Voto **Min. Luiz Fux** - j. 28.08.12 - Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 838/842).

Além do mais, perfilho o entendimento de acordo com o qual as



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

circunstâncias que ensejaram a descoberta do crime em tela permitem que se afirme a presença do dolo no agir, notadamente quando ausente qualquer motivação idônea acerca do crime aqui perpetrado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPÇÃO QUALIFICADA – Preliminar – Pretendida nulidade por ofensa ao contraditório – Indeferimento de perguntas da defesa de João Alberto ao corréu Alexandre – Desacolhimento – [...] – Boa-fé dos apelantes não comprovada – **Inversão do ônus da prova** – Condenação mantida – Penas bem dosadas – Aplicação do redutor previsto no art. 180, §5º, do CP – Impossibilidade – Ausência de informações sobre o valor dos produtos apreendidos, o que impossibilita a concessão do privilégio – Regime corretamente fixado, bem como a substituição da reprimenda corporal restritiva de direitos – Recursos desprovidos."
(TJSP – Ap. 0004535-08.2009.8.26.0470 – 4ª C – **Rel. Des. Camilo Lélis** – j. 28.03.17 – DO 30.03.2017);

"APELAÇÃO CRIMINAL. Receptação. Defesa alega, preliminarmente, que suas teses não foram analisadas quando da prolação da sentença condenatória e, por este motivo, requer a anulação deste ato decisório. No mérito, pleiteia a absolvição por insuficiência probatória, ou então a desclassificação para a modalidade culposa. Subsidiariamente, requer a redução da reprimenda e abrandamento do regime prisional. Preliminar afastada. Motivação da sentença que permite, de maneira objetiva, chegar à conclusão da apreciação das teses suscitadas. No mérito, melhor sorte não lhe assiste. Conjunto probatório robusto. **Réus apreendidos na posse da "res furtiva". Inversão do ônus da prova.** Receptação dolosa evidenciada. Condenação de rigor. Penas e regime prisional bem dosados. Recurso improvido."
(TJSP – Ap. 0054334-09.2015.8.26.0050 – 9ª C – **Rel. Des. Carlos Monnerat** – j. 16.03.2017 – DO 22.03.2017);

"RECEPÇÃO. Recurso que busca absolvição, por ausência de dolo. Impossibilidade. **A apreensão da res em poder do agente gera presunção de responsabilidade ao réu e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca.** Imposição de regime fechado. Necessidade. Manutenção da sentença condenatória." (TJSP – Ap. 0039045-65.2011.8.26.0506 – 9ª C – **Rel. Des. Souza Nery** – j. 17.02.2017 – DO 20.02.2017);

"RECEPÇÃO – FRAGILIDADE DA PROVA. Não configurada. Confissão extrajudicial somada ao encontro da res furtiva em seu poder que dão a certeza do crime. **Produto subtraído - encontrado na posse do réu – Inversão do ônus da prova.** Ausência de prova contrária. RECURSO NÃO PROVIDO."
(TJSP – Ap. 005535-26.2010.8.26.0050 – 3ª C – **Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro** – j. 14.02.2017 – DO 16.02.2017);

"APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO DOLOSA. Imputação do



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

delito tipificado no artigo 180, caput, do Código Penal. Sentença de procedência. Pleito de absolvição por insuficiência probatória. Materialidade e autoria comprovadas pelo conjunto probatório que inviabiliza o reconhecimento da tese de absolvição por insuficiência de provas. Dolo evidenciado. Depoimentos de servidores policiais. Inquestionável eficácia probatória especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório. **Circunstâncias da investidura na posse da coisa que revela a ciência da origem espúria do bem. Presunção de responsabilidade. Inversão do ônus probatório.** Dosimetria da pena que não comporta reparo. Manutenção do regime aberto, assim como da substituição por penas restritivas de direito. Primariedade e bons antecedentes. Inteligência do artigo 33, §3º, do Código Penal. RECURSO DESPROVIDO." (TJSP – Ap. 0000341-70.2014.8.26.0443 – 15ª – Rel. Des. Camargo Aranha Filho – j. 15.12.2016 – DO 16.12.16).

Por derradeiro, sabe-se que no crime de receptação, em razão da grande dificuldade de se desvendar a real intenção do agente, somente as circunstâncias do fato poderão revelar o dolo presente na sua conduta e permitirão aferir o seu conhecimento acerca da origem ilícita do bem anteriormente encontrado em seu poder. E, como afirmado alhures, tais circunstâncias revelam que o réu sabia da origem ilícita dos bens, como demonstrado pelas testemunhas ouvidas, ainda, em Juízo, que foram uníssonas e harmônicas no sentido da sua responsabilização criminal, toda a prova oral judicial indicando, firmemente, a sua ciência sobre a origem criminosa das "rei" e, como se não bastasse, os elementos acima elencados e debatidos comprometendo sobremodo o apelado e corroborando a certeza da sua condenação.

De tal arte, a condenação do réu era é de rigor.

Passo à pena.

No que concerne à pena-base do réu, fixo-a acima do mínimo legal, porque há circunstâncias judiciais a desfavorecê-lo.

Na dosimetria da pena do réu devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber:



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

culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possa calibrar a pena em conformidade com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico.

Quiçá das mais importantes - se não a mais - das normas do Código Penal, é o mencionado artigo, que propicia a concretização do justo, isto é, que norteia a justa retribuição estatal àquele que infringiu alguma norma penal, praticando um determinado crime. Paradoxalmente, entretanto, é este artigo costumeiramente desrespeitado, ao menos sob o ponto de vista da sua integralidade, poucos Magistrados atentando para os seus requisitos, que seguidos permitem o estabelecimento da pena necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Diz-se isso porque, no mais das vezes, sabe-se lá por qual insondável motivo, o Magistrado costuma transformar o art. 59, "caput", do Código Penal em uma espécie de binômio, no qual importariam, unicamente, os antecedentes criminais do réu e a sua eventual primariedade, esquecendo-se de considerar os demais requisitos: culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. E tudo isso, insista-se, sob o enfoque da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime praticado. Por isso, quando bem aplicado, quando analisado em sua inteireza, o artigo em pauta torna-se valoroso e fundamental instrumento para que o Estado, que para si chamou a pacificação social, possa aplicar a pena justa, seja ela qual for.

Como lembrado por **Guilherme de Souza Nucci**:

"Política da Pena Mínima: tem sido hábito de vários Juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Despreza-se, em verdade,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante. Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59, do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao Juiz ponderar, na aplicação da pena, 'a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado', para estabelecer 'a gradação material do perigo'. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que ele delinuiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as 'consequências' do crime (CP, art. 59).

Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas Comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo para análise: na figura fundamental, dispõe o Julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e consequências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de Justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais da fixação da pena, preordenados a torná-los 'necessária e suficiente para reprovação e



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

prevenção do crime' (Código Penal, art. 59, "caput" (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inque. 2000)."
(Código Penal Comentado, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008).

Convergindo para o entendimento acima, único que se crê adequado mas antes disso, legal, **Juan Carlos Ferre Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito** ensinam que é a partir da individualização judicial da pena que o Magistrado consegue, desde uma estruturação em torno das disposições legais, estabelecer a espécie e a quantidade da pena adequada, diria eu, justa, a cada autor de um determinado crime. E na linha do afirmado, após dissertarem, com a profundidade recomendada, inclusive acerca dos limites da pena, voltam as suas atenções para a determinação da pena-base, ápice, verdadeiro vértice do triângulo em que se enfeixam os critérios que norteiam o sistema trifásico de fixação da pena.

Assim, é do ensinamento dos autores:

"O art. 59 do CP brasileiro traz uma série de critérios para se cumprir adequadamente com esta tarefa:

A culpabilidade. Para se poder aplicar qualquer tipo de pena, é imprescindível constatar a culpabilidade do sujeito. Dita culpabilidade nunca pode se basear na retribuição, mas sim na prevenção, e é essencialmente graduável. Conforme a necessidade preventiva da pena, e atendendo aos limites que marcam o princípio de proporcionalidade, o juiz deve raciocinar sobre a quantificação da pena na medida da culpabilidade.

Os antecedentes. Faz-se referência aos antecedentes criminais do condenado. O sistema penal de um Estado social de Direito, que não se baseia na pura retribuição, deve colocar os antecedentes criminais do condenado em um lugar secundário. Estes antecedentes não devem ser considerados se forem suscetíveis de valoração para fins de reincidência, que sendo uma circunstância agravante, será observada no passo seguinte (vide infra, ponto 3.3.3). Tampouco cabe considerar 'antecedente' a forma de vida do sujeito, como seus costumes ou ocupações, na medida em que não sejam criminosas (ou seja, penalmente típicas e antijurídicas). Nem os meros processos iniciados contra a pessoa, ou as sentenças condenatórias recorríveis. Em conclusão, os antecedentes a que faz referência o art. 59 do CP resumem-se a condenações anteriores por crimes, que não estão compreendidas dentro do conceito de reincidência (arts. 63 e 64 do CP, ou seja, se anteriores à primeira condenação, se passados mais de cinco anos da condenação anterior, ou se tratar de crimes militares



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

ou políticos).

A conduta social. Refere-se à forma de vida do condenado, ou seja, um critério que pode ser utilizado em seu favor ou contra ele. A manutenção desta pauta deve ser questionada. É que nenhum órgão jurisdicional pode ser totalmente objetivo na hora de julgar o comportamento social de outros (em troca, deve-se exigir-lhe objetividade ao analisar o comportamento criminoso). Podem aparecer prejuízos e parâmetros que em nada têm a ver com a medida de uma pena. E também podem renascer as propostas mais aberrantes, que materializem a persecução penal da marginalidade (cultural, sexual, econômica etc). Por outro lado, não devemos esquecer que o ato dos sujeitos que não respeitam estritamente todos os parâmetros sociais foi, em muitas ocasiões, positivo para a sociedade, foi o motor das trocas mais audaciosas, e nem por isso, menos relevantes.

A personalidade do agente. Toda indagação sobre a personalidade baseia-se nas abordagens da psicologia e da psiquiatria. O sujeito já foi considerado imputável e, portanto, merecedor de pena. Sua personalidade já teve que ser considerada na culpabilidade. Quais parâmetros da personalidade, alheios à culpabilidade, podem ser úteis para aumentar ou reduzir uma pena que já foi declarada merecida e necessária? Como ocorre com a valoração da conduta social, a indagação sobre a personalidade não deve cobrir a exaltação de prejuízos morais ou sociais do que alguns julgadores podem fazer uso e abuso.

Os motivos. Podem aumentar ou diminuir a pena. São aspectos subjetivos, os últimos fins que levam ao cometimento do fato criminoso.

As circunstâncias do crime. São elementos acidentais, que fazem referência ao maior, ou menor, desvalor da ação, ou do resultado, tudo aquilo que pode ser suscetível de graduação (maior ou menor injusto, maior ou menor quantidade de dolo etc.) Não se podem considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes legalmente previstas, pois sua consideração corresponde ao passo seguinte (vide infra, ponto 3).

As consequências do crime. Refere-se ao dano real ou potencial causado, ou seja, o desvalor do resultado. Logicamente o crime pode ter outras consequências indiretas (afetação de terceiros, suicídios, prejuízos que escapam da relação entre autor e o bem jurídico tutelado etc). Mas estes resultados não podem ser considerados, porque não se pode responder em maior medida por algo que não se conhece, aquilo que excede o requerido pelo tipo penal e pode não estar abrangido pelo dolo.

O comportamento da vítima. A atuação da própria vítima pode influir na realização do crime. O que pode repercutir em um aumento ou diminuição da pena, conforme o caso.

O determinante será considerar como devem ser avaliados estes elementos pelo órgão jurisdicional. Não se trata de uma mera operação aritmética, mas de uma solução ponderada e racional. O ponto básico de referência é a prevenção especial positiva (ressocialização), complementada em um segundo plano pela prevenção geral positiva (seriedade da ameaça) e pelo princípio da proporcionalidade. Estes fins e princípios proporcionam ao juiz a principal referência para desenvolver um processo lógico, relacionando o fato criminoso e seu autor com determinada medida de pena. O juiz deverá considerar todos os critérios enunciados pelo art. 59 do CP, mediante uma ponderação cujo centro deve ser a culpabilidade do autor. A partir dali ajusta-se a pena-base com o auxílio dos demais



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

critérios."

(Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, Princípios Fundamentais e Sistema, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011).

Pode-se afirmar, corolário do que se sustenta, ainda em atenção ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que estipula que a Lei regulará a individualização da pena, aqui entendido o art. 59, "caput", do Código Penal, não haver impedimento, antes disso, ser imperiosa a fixação da pena-base acima do mínimo legal toda vez que se demonstrar que as diretrizes do sobredito artigo codificado são desfavoráveis, total ou majoritariamente, ao réu. De sorte que somente se tais diretrizes forem favoráveis ao réu é que terá cabimento a fixação da pena-base no seu mínimo legal; do contrário, necessariamente, deverá ela ser fixada acima do mínimo legal. Nesse sentido, por sinal, invoco antecedente da relatoria do excelso Ministro que, outrora, iluminou esta Corte de Justiça: STF - HC n. 88.284/SC – 2ª T - **Rel. Min. Cezar Peluso** - j . 24.04.2007 - v.u. Decorre desse entendimento, como diferente não haveria de ser sustentado, inexistir impedimento para a fixação da pena-base no máximo previsto em lei, ou bem acima do seu mínimo, impondo-se o afastamento de fetichismos preconceituosos que, abstrata e genericamente, voltam-se contra essa possibilidade que é legal. Entendimento outro ao que se sustenta, "contrario sensu", imporia, também, que se voltasse contra a fixação da pena-base no mínimo previsto em lei, como se os parâmetros extremados, a representar suposto radicalismo de um lado e de outro, não refletissem, para um determinado caso concreto, medida de estrita obediência aos cânones constitucionais e legais, a aplicação da Justiça concreta, a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. É ainda **Guilherme de Souza Nucci** quem menciona, sobre o tema, Doutrina alheia, menção feita na obra antes destacada, quando se tangencia a questão da possibilidade de aplicação da pena-base no máximo previsto em lei:

"Na doutrina, explica **Mariângela Gama de Magalhães Gomes** que 'o máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do



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

caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade. (...) A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente'. (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 164-165).".

E tudo isso, insisto, para os fins da necessidade e suficiência para a reprovação e a prevenção do crime, haja vista que a reprovação do crime tem a ver com o castigo impingido ao réu enquanto a prevenção tem a ver com o exemplo que se dá à sociedade, valendo para fins dissuasórios.

Pois bem.

Exaspero a pena-base do réu em razão dos motivos, circunstâncias e consequências do crime, porquanto a culpabilidade do réu foi anormal, pois se trata de máquinas de expressivo valor, que foram avaliadas no total de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), conforme o auto de avaliação de fls. 36/37. E mais, as provas orais dão conta de que o réu tentava alienar as "rei furtiva", com o fim recolocá-las no mercado e se locupletar do patrimônio alheio, merecendo, portanto, maior censura por parte do Estado.

Ademais, é portador de mácula de maus antecedentes criminais, conforme a certidão de fls. 65, do apenso (processo-crime n. 891/2001), pelo gravíssimo crime de roubo, amparado por sentença com condenação trânsita em julgado, em conformidade com a Súmula n. 444, do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a pena-base do réu deve ser inaugurada acima do mínimo legal, 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-



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

multa, no mínimo legal.

Por outro lado, na segunda etapa do castigo legal, à míngua de circunstâncias passíveis de atenuação da pena provisória, presente está a circunstância agravante da reincidência, aliás, dupla reincidência, crimes perpetrados contra o patrimônio alheio (furto), com condenações decorrentes de sentenças trânsitas em julgado, conforme as certidões de fls. 66, do apenso - processos-crime nºs. 28251/2007 e 90368/2008. Sendo assim, considero-as para agravar a pena para 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, afora 22 (vinte e dois) dias-multa, no piso.

Em verdade, o agravamento que apliquei se justifica pois se trata de birreincidência, a qual, assim como a reincidência específica, reclama incremento sancionatório acentuado.

No duro, entendo cabível a aplicação de fração intensificada nesta fase. A medida revela-se razoável porque se trata de caso de réu **birreincidente**, e porque o Juízo possui o livre convencimento para agravar a sanção, entendimento, inclusive, na linha do Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS*. ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. (3) **AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.** (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, contudo, foi exasperada a pena-base em razão de feito em curso. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n. 444, desta Corte. De rigor,

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

portanto, a redução da pena-base ao mínimo legal.

3. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente pela prática de crime contra o patrimônio (roubo), fato que justifica o incremento da pena, em 1/4 (um quarto), na segunda fase da dosimetria.

4. [...]"

(STJ – HC n. 262.890/RJ - 2013/0001137-7 – 6ªT. - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - j. 20.05.2014);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42, DA LEI N. 11.343/06. **FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. QUANTUM DE AUMENTO IMPLEMENTADO EM CADA UMA DAS FASES DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO ESPECIFICADO PELO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.**

[...]

6. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto. Em se considerando que o Paciente é reincidente específico, o acréscimo da pena em um quarto (1/4) pela agravante de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida".

(STJ - HC n. 262233/RJ – 2012/0272968-6 – 5ªT. Rel. Min. Laurita Vaz – j. 18.03.2014 – DJE 28.03.2014);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. **DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO EM 1/4 DA PENA-BASE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.**

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais.

2. O entendimento desta Corte é no sentido de inexistir ilegalidade ou desproporcionalidade no aumento superior a 1/6 da pena-base, na sua dosimetria, quando presente agravante, desde que, considerando as peculiaridades do caso concreto, o julgador justifique a adoção de patamar diverso. O aumento na



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

fração de 1/4 da pena-base, em razão da reincidência específica suficientemente fundamentada não configura constrangimento ilegal.

3. Habeas corpus não conhecido".

(STJ – HC n. 277.995/RS - 2013/0324557-2 – 5ªT. - Rel. Min. Moura Ribeiro – j. 18.02.2014);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. AUMENTO DE 1/4 (UM QUARTO) NA SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PATAMAR DE ACRÉSCIMO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

2. Inexiste constrangimento ilegal quando as instâncias ordinárias, considerando as peculiaridades do caso concreto, estabelecem o aumento de 1/4 (um quarto) na segunda fase do cálculo da pena, justificando a adoção desse patamar na reincidência específica do condenado. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido".

(STJ – HC n. 270.555/SP - 2013/0152000-8 - 6ªT. Rel. Min. Marilza Maynard – Des. Convocada do TJ/SE - j. 07.11.2013).

Inalterada a pena na etapa seguinte, mercê da ausência de causas de aumento e de diminuição próprias da terceira fase, mantenho o castigo legal nos termos acima entabulados.

Por fim, estabeleço o regime fechado, por se tratar de réu que ostenta histórico de crimes contra o patrimônio, figurando em sentenças condenatórias transitadas em julgado (fls. 65/66, do apenso), a denotar ser useiro e vezeiro no ataque ao patrimônio alheio, além do mais, outras medidas aplicadas se mostraram inservíveis, ante a reiterada prática e a consequente resistência em se emendar, o que enseja a imposição do regime prisional mais rigoroso, diante da particularidade do caso, a impedir a fixação de outro regime, segundo previsão do art. 33, §3º, combinado com o art. 59, "caput", ambos do Código Penal. Viu-se ser, a propósito, birreincidente.



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

"ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO. 33, §3º E ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

1. **A imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso que o previsto em lei se deu em conformidade com os artigos 33, §3º, e 59, ambos do Código Penal, nos termos do enunciado 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal ("A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea")**.

2. Recurso a que se nega provimento."

(STJ - RHC 16.655/SP – 6ª T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - j. 07/04/2005 - DJU 25/04/2005

Outrossim, o recorrente não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mercê da vedação constante no art. 44, II e III, bem como a suspensão condicional da pena, "ex vi" do art. 77, I e II, também do Código Penal. É birreincidente, ademais.

Ao final, ressalto que as condenações criminais a penas privativas de liberdade, confirmadas em v. Acórdãos desse 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 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

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

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

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

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

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

(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 conseqüente 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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 defluiu 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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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-

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

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



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

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

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

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 indistintos 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

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

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 conseqüente 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);

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

"[...] 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



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

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 **pletora de meios impugnativos**,

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

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 reestruturação”**.

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 positividade 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 comunidade 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 desarrastado 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 substancial 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**



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

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 Cívicos 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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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

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

"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'oiseau*, 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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

alguém que é investido de Poder estatal para satisfazer as suas vontades. Para que esse sistema possa adequadamente funcionar, cada um dos juízes 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 percuciente 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 **"competem 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."



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

(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".

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 truismo, daqueles de fácil 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?

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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 cercar 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 direito²". 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 propiciaria³".

O que o Supremo fez em 2009 foi interpretar a Constituição,

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

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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 respeitáveis 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.



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

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 instância⁴.

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." (STF – HC 67199 – 2ª T. – Rel. Min. Célso 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."

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



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

(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 PODERA 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 e compatível com o regime aberto e de acordo com as quatro hipóteses do art. 117 da L.E.P., Lei



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

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);



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

"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

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

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 APRECIÇÃO - 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 CONSTRICÇÃO DO STATUS LIBERTATIS DO CONDENADO. - A EXISTÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL (STJ) OU DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF), AINDA PENDENTES DE APRECIÇÃO, 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



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

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 circunstancia 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**



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

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. CONDENAÇÃO 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 improvido 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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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



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

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 5., 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

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

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);

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

"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 exaurida 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

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

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 sustam 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,

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

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. Mauricio 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 irrecurribilidade 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. Mauricio 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**



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

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 –



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

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 suspensivo, 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



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 prevêm 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. CONDENAÇÃO 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);

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

"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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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 ENTERRIA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho*. Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade.

A eficácia do *princípio do juiz natural* exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

A eficácia do *princípio da tutela judicial efetiva* estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“*direito de recorrer*”), visando 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),

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

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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

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



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

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

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

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO 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, parágrafo único, c/c art. 8, da LEP). Pedido indeferido”.

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

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



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

“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 exauridas as instâncias ordinárias, não obstante a pendência, como neste caso, de um recurso especial – de resto trancado na origem, e para cujo destrancamento se tenta a via estreita do agravo de instrumento.”

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

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.



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

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 - j. 06/02/2018).

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao apelo Ministerial**, para condenar o réu como incurso nas penas do art. 180, "caput", do Código Penal, a uma pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, regime fechado, afora 22 (vinte e dois) dias-multa, diária mínima. Expeça-se, imediatamente, mandado de prisão em desfavor do réu, consoante o 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), oficiando-se à Origem para as providências cabíveis.

É como voto.

AIRTON VIEIRA
Relator

[Assinatura eletrônica]