



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº: 0059017-96.2012.8.26.0405 (Processo Digital)

Apelantes: [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 4ª Vara Criminal do Foro de Osasco

Juiz de Direito: Jose Fernando Azevedo Minhoto

Artigo da condenação: Art. 217-A, caput, do Código Penal

Réu solto

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE (VOTO Nº 10.495)

Com o devido respeito ao D. Relator, divirjo do voto no tocante à expedição de mandado de prisão após o esgotamento dos recursos ordinários.

A Constituição brasileira agasalhou o princípio da presunção de inocência no **artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal**: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal regramento, **sequer está sujeito à emenda constitucional**, como impõem o artigo 60, parágrafo 4º, da CF, ao estabelecer que **não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais**.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

Não só na Carta Magna o princípio da não culpabilidade encontra arrimo, mas também na **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, cujo artigo 11.1 assim estabelece:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Igualmente, sobredito princípio foi previsto no **Pacto de San José da Costa Rica**:

Artigo 8. Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

E, consoante ao princípio constitucional da presunção de inocência, o artigo 283, do Código de Processo Penal, estabelece:

Art. 283. **Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

investigação ou do processo, **em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.**

Nestes termos, tem-se que **a constrição provisória da liberdade** é admitida cautelarmente, quando **associada à situação de flagrância** ou às hipóteses de **prisão temporária ou preventiva**. De outro lado, a privação de liberdade como **expressão do cumprimento de condenação imposta, exige necessariamente o trânsito em julgado da decisão condenatória.**

Na mesma lógica, a **LEP** prevê o início da execução somente após o trânsito em julgado, conforme se depreende dos seguintes artigos:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução

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

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

A prisão de uma pessoa é a expressão máxima do uso legítimo da força pelo Estado, razão pela qual tão bem protegida na constituição cidadã.

Não há reversibilidade possível, quando se trata de prisão. O tempo de restrição da liberdade – direito fundamental insculpido no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal e garantido por cláusula pétrea – não tem como ser devolvido ao ser humano e não há nada que se possa colocar no lugar.

O mandamento constitucional de 1988 demorou a vingar plenamente, e veio de forma pacificadora em 2009, com uma decisão do STF.

Mas houve reversão deste entendimento, pois



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

o Pleno do STF, em novembro de 2016, negou provimento ao Agravo em Recurso Extraordinário nº. 964.246/SP interposto pelo paciente do HC 126.292/SP, submetendo o processo ao regime de repercussão geral, entretanto, a **decisão não tem caráter vinculante.**

Neste julgamento, o Pleno **relativizou o alcance do princípio da presunção de inocência, direito fundamental**, em nome da “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” (trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, nos autos do HC 126.292/SP).

Um dos fundamentos da exegese adotada, exposta no voto do relator Teori Zavascki, consiste no argumento de que “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**” (excerto do item 5, do voto do relator).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

O STF rendeu-se, basicamente, à tese de que a demora nos julgamentos nos tribunais superiores deve ser imputada à defesa, pelo “abuso” de recursos, e à necessidade de se afastar da população a sensação de impunidade.

Ainda, na repercussão geral do RE com agravo 964246, foi reconhecida repercussão geral com apontamento de somente uma decisão proferida em *habeas corpus* e duas outras, sem efeito vinculante, proferidas em cautelar, em ações declaratórias de constitucionalidade, o que mostra, que a exigência de apontamento de controvérsia, diante de número considerável de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada, foi diminuta.

É claro que decisões deste jaez se contrapõem aos princípios de direito constitucional e processual penal e mais chocam por provenientes do guardião do sistema democrático, que têm o dever de salvaguardar o núcleo do Estado Brasileiro, os direitos fundamentais, que não admite flexibilização alguma.

Ao invocar a efetividade do processo penal e a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

necessidade de dar satisfação à sensação de impunidade, o guardião da Carta Magna, em **evidente contrariedade ao texto da Constituição, feriu violentamente a segurança jurídica e a integridade do Direito ao diminuir o direito fundamental** da presunção de inocência, que só deixa de prevalecer com o trânsito em julgado, como estabelece o texto inequívoco da Constituição.

Destarte, não se pode admitir a execução de reprimenda antes de definitivamente formada a culpa.

Decisões posteriores, do STF, apontam para entendimento diverso do fixado no HC e Agravo referido. Neste sentido:

[...] não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. **Precipitar a execução de pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis.** Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', ou seja, a **culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime** – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da reprimenda.

(STF medida cautelar no HC, 138.337/SP, relator Ministro Marco Aurélio, 16.11.2016)

A questão da execução provisória de condenações penais não transitadas em julgado. Interpretação do art. 5º, inciso



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

LVII, da Constituição da República. Exigência constitucional de prévio e efetivo **trânsito em julgado da condenação criminal como requisito legitimador da execução da pena** ... Dissenso interno registrado no Supremo Tribunal Federal. **Possível alteração de recente diretriz jurisprudencial que se formou, nesta corte, por exígua maioria (6 votos a 5).** Posição do relator (Ministro Celso de Mello), integrante da corrente minoritária, que entende necessário o prévio e efetivo trânsito em julgado da condenação criminal, para efeito de sua execução definitiva (LEP, arts. 105 e 147; CP, art. 50; CPPM, arts. 592, 594 e 604). **Inadmissibilidade de antecipação ficta do trânsito em julgado**, que constitui noção inequívoca em matéria processual. **A impossibilidade constitucional de execução provisória da pena, contudo, não impede o judiciário**, com apoio em seu poder geral de cautela, **de decretar prisão cautelar** do investigado ou do réu, seja no âmbito de inquérito policial, seja no curso do processo judicial, seja, ainda, após sentença condenatória recorrível....

Concessão, no caso, da ordem de “habeas corpus” suspensiva de execução provisória da condenação criminal do paciente, em razão de 02 (dois) motivos juridicamente relevantes: (a) **ausência, no ato decisório que determinou o início da execução provisória da pena, de fundamentação, idônea e adequada, exigida pela constituição da república (art. 93, IX) e (b) ofensa ao princípio que veda a “reformatio in pejus” (CPP, art. 617, “in fine”)**, pois o tribunal de inferior jurisdição ordenou que se procedesse, em primeiro grau, à imediata execução antecipada da pena, não obstante esse comando houvesse sido determinado em recurso exclusivo do réu condenado, a quem se assegurará, no entanto, em momento anterior, sem impugnação recursal do Ministério Público, **o direito de aguardar em liberdade a conclusão do processo.** existência, no sentido da presente decisão, de diversos outros atos decisórios proferidos no âmbito do supremo tribunal federal. Pedido deferido.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

**STF, HC 147.452/MG, Min. Rel. Celso de Mello, j.
28/09/2017)**

[...] Monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual.

No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ [...]

Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de medida liminar, para **suspender até o julgamento do mérito deste writ, o início da execução provisória da pena** a qual o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal 1035275.2012.4.01.3801, da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG [...]



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

(medida cautelar no HC 146.815/MG, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 22/08/2017).

[...] Ademais, menciono que, **mesmo após o julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a execução provisória da pena, como pode ser visto nos HCs 144.712- MC/SP, 145.380-MS/SP, 146.006-MC/PE.**

Registro, ainda, que, no julgamento do **HC 142.173/SP, pela Segunda Turma, o Ministro Gilmar Mendes, Relator do feito, adiantou uma mudança do seu posicionamento**, externado no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, ocasião na qual compôs a maioria, consignando em seu voto que:

‘No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais. **Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.**

Assinalo também **minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.** Registro também que **o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.

Evidenciado o constrangimento ilegal, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, esta Corte deverá invalidar a ordem de prisão expedida' (grifei).

Em momento posterior, o **Ministro Gilmar Mendes**, confirmando a evolução previamente anunciada, deferiu a liminar no **HC 146.815- MC/MG**, suspendendo a execução provisória da pena.

Portanto, diante de tudo o que foi aqui exposto, vislumbro, no caso sob exame, a existência de manifesto constrangimento ilegal que autoriza a concessão da ordem. **(HC 147.427/GO, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 11/10/2017)**

Os Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber,

também partidários da **impossibilidade de execução provisória da pena**, têm se curvado à orientação majoritária, mas com **expressa ressalva** aos seus posicionamentos consignados no HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP. **Neste sentido: AgRg no HC 146.277/DF e AgRg no HC147.523/SP.**

Ainda, no caso em tela, há que se observar que **foi permitido ao réu o recurso em liberdade (06/06/2016)**, mais uma razão para que não seja expedido mandado de prisão sem esgotamento dos recursos ainda cabíveis, **sob pena de macular o princípio da *non reformatio in pejus*.**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

Destaco, neste sentido, decisão proferida nos autos do **HC 153.431/SP** em **26/02/2018**, pelo Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, **suspendendo a execução provisória por *reformatio in pejus***. A hipótese tratava de acusado a quem, em primeira instância, foi **assegurado o direito de recorrer em liberdade**, mas o Tribunal, **ao julgar recurso exclusivo do réu, determinou a execução provisória da condenação criminal**, tal como no caso que levou à impetração do mencionado HC

126.292/SP. Confira-se excerto:

No que concerne, portanto, ao questionamento referente à execução antecipada da pena, não obstante entenda tratar-se de **medida incompatível com o nosso modelo constitucional, que consagra, como direito fundamental, a presunção de inocência** (CF, art. 5º, inciso LVII) , devo observar o princípio da colegialidade, além de considerar, na espécie, o fato de que se mostra iminente o julgamento final da ADC 43/DF e da ADC 44/DF, de que é Relator o eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO, ocasião em que esta Corte reapreciará o tema da possibilidade constitucional de efetivar-se a execução antecipada da sentença penal condenatória. Inacolhível, desse modo, sob a perspectiva que venho de expor, a pretendida concessão de medida cautelar suspensiva da execução provisória ora impugnada. Cabe observar, contudo, que esta impetração sustenta-se em outro fundamento, consistente na alegada **transgressão, pelo Tribunal “ad quem”, do postulado que veda a “reformatio in pejus”** (CPP, art. 617, “in fine”).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

Com efeito, a magistrada sentenciante assegurou ao ora paciente o direito de aguardar em liberdade a conclusão do processo em que proferida a condenação penal que lhe foi imposta.

O Tribunal de Justiça local, entretanto, determinou, em recurso exclusivo do réu, ora paciente, fosse instaurada, contra ele, a pertinente execução provisória da condenação criminal.

Tem-se entendido, nesta Suprema Corte, que, em situações como a ora em exame, em que o Ministério Público sequer se insurgiu contra o capítulo da sentença que garantiu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, não poderia o Tribunal de superior jurisdição suprimir esse benefício, em detrimento do condenado, sob pena de ofensa à cláusula final inscrita no art. 617 do Código de Processo Penal: “(...)

POSSÍVEL OFENSA AO PRINCÍPIO QUE VEDA A ‘REFORMATIO IN PEJUS’ (CPP, ART. 617, ‘in fine’), POIS O TRIBUNAL DE INFERIOR JURISDIÇÃO ORDENOU QUE SE PROCEDESSE, EM PRIMEIRO GRAU, À IMEDIATA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, NÃO OBSTANTE ESSE COMANDO HOUVESSE SIDO DETERMINADO EM RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU CONDENADO, A QUEM SE ASSEGURARA, NO ENTANTO, EM MOMENTO ANTERIOR, SEM IMPUGNAÇÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE A CONCLUSÃO DO PROCESSO. (...).” (HC 147.452/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale consignar que se registram, no sentido que venho de expor, diversas outras decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (HC 135.951-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 140.217-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 142.012- -MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 142.017MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 147.428-MC/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 148.122-MC/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

Impende destacar, quanto a esse aspecto, que a colenda **Segunda Turma deste Tribunal, em 08/08/2017**, iniciou o julgamento, suspenso por pedido de vista, de uma ação de “habeas corpus” (HC 136.720/PB), **no qual já se formou maioria pela concessão da ordem, em que o eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, propôs o deferimento do “writ” precisamente em virtude de violação ao princípio que proíbe a “reformatio in pejus”**, em situação na qual o Tribunal apontado como coator ordenou a imediata execução antecipada da pena, fazendo, contudo, tal como sucede na espécie ora em exame, em recurso exclusivo do réu, a quem se assegurara, sem qualquer oposição recursal do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo, transgredindo-se, desse modo, postulado fundamental que conforma e condiciona a atuação do Poder Judiciário. Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, para, até final julgamento deste “habeas corpus”, suspender, cautelarmente, o início da execução da pena determinada nos autos da Apelação Criminal nº 0001282-18.2009.8.26.0274, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, restando impossibilitada, em consequência, a efetivação da prisão em decorrência da condenação criminal (ainda não transitada em julgado) que lhe foi imposta no Processo-crime nº 0001282-18.2009.8.26.0274 (1ª Vara da comarca de Itápolis/SP).

A decisão de 2016 não foi condizente com o estado democrático de direito, na medida que flexibilizou um direito fundamental.

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2ª Câmara de Direito Criminal

provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator, ressalvada a expedição de mandado de prisão somente após o efetivo trânsito em julgado, o que se dá com o decurso de prazos de todos os recursos previstos no ordenamento jurídico, por inadmissibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, nos termos do artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal.

Kenarik Boujikian

3ª Juíza