



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0476.15.001737-6/001 **Númeraço** 0017376-
Relator: Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires
Relator do Acordão: Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires
Data do Julgamento: 15/03/2018
Data da Publicação: 26/03/2018

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONCURSO DE PESSOAS - QUALIFICADORA MANTIDA - DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - AUSÊNCIA DE LAUDO DE VISTORIA - DECOTE DA QUALIFICADORA MANTIDO - INCIDÊNCIA DA MAJORANTE RELATIVA AO REPOUSO NOTURNO - POSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA - ATUAL ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REESTRUTURAÇÃO DAS PENAS - AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - COMPENSAÇÃO - IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA O RÉU REINCIDENTE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA MANTIDA NOS TERMOS EM QUE FOI CONCEDIDA - RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

- Devidamente comprovadas autoria e materialidade do crime de furto, tendo em vista as confissões judiciais dos acusados, alinhadas com o restante da prova dos autos, impõe-se a manutenção das respectivas condenações.

- Suficientemente demonstrado que os réus, em conjunto, praticaram a subtração, correto o reconhecimento da qualificadora referente ao concurso de pessoas.

- É necessária a realização de perícia para a caracterização da qualificadora referente à destruição ou ao rompimento de obstáculo, salvo quando os vestígios desaparecerem, hipótese em que a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, conforme a correta exegese dos artigos 158 e 167 do CPP.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

- Segundo entendimento sedimentado no colendo Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de circunstância de ordem objetiva, admite-se a incidência da majorante prevista no art. 155, § 1º, CP, nas hipóteses em que o delito de furto é qualificado.
- Podem ser compensadas a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, porque igualmente preponderantes, mormente na hipótese em que o réu ostenta apenas uma condenação criminal transitada em julgado.
- Apesar de condenado a pena inferior a 04 anos de reclusão, se o réu é reincidente, deve iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto, diante da inteligência do art. 33, §2º, CP.
- Deve ser mantida a substituição da pena concedida ao acusado que preencheu todos os requisitos previstos no art. 44 do CP para a obtenção do benefício em questão.

V. P. V.

- À míngua de interposição de recurso de Apelação Criminal por parte do Ministério Público a questionar a concessão do direito de recorrer em liberdade ao réu e o condicionamento da expedição da guia de execução e do mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação, conforme decidido na sentença primeva, inadmissível a decretação de ofício da execução provisória, com determinação da prisão cautelar do acusado, já que operados os efeitos da coisa julgada em relação à acusação, de forma que qualquer decisão ex officio prejudicial ao réu, em recurso exclusivamente da defesa, implicaria em repudiável reformatio in pejus. - Não obstante o posicionamento chegado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43 e 44, o art. 5º, LVII, da CR/88, é muito claro ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", não cabendo reinterpretação daquilo que é literalmente compreendido, sob pena de se reescrever preceito tido, por força do



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

art. 60, § 4º, IV, como cláusula pétrea por nossa Constituição da República. - Ainda que tivesse sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais, o que por ora não ocorreu, o controle incidental, apesar de ter força de orientação jurisprudencial, não vincula as decisões dos magistrados e tampouco dos tribunais de segunda instância. - Sendo a presunção de inocência regente do microssistema processual penal, na medida em que se desdobra num dever de tratamento de todos os acusados, a execução antecipada de pena daqueles que não se encontram presos cautelarmente revela um verdadeiro retrocesso na interpretação de um reconhecido direito fundamental, que não pode ser alvo de modificação restritiva nem mesmo pelos legisladores (cláusula pétrea, art. 60, § 4º, IV, da CR/88). - Assim como o legislador infraconstitucional, que produz a lei, não pode alterar restritivamente uma cláusula pétrea, tampouco o julgador pode fazê-lo no momento da aplicação ou não da norma no caso concreto. - Se há sentimento de impunidade, pressão da mídia e da sociedade, protelação de processos até que se operem os efeitos da prescrição ou mesmo ineficiência de poder punitivo estatal, esses graves problemas jamais poderão ser resolvidos em detrimento de um direito fundamental elevado à condição de cláusula pétrea. Proceder-se assim é negar as raízes em que se fundam a Constituição da República de 1988, é tentar resolver um problema estrutural e do próprio sistema processual adotado, restringindo um direito fundamental.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0476.15.001737-6/001 - COMARCA DE PASSA -QUATRO - APELANTE(S): [REDACTED] - 1º APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - 2º APELANTE: [REDACTED] - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, [REDACTED] - VÍTIMA: R.R.L.T.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, vencido em parte o em. Des. 1º Vogal, em DAR



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

DESA. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

RELATORA.

DESA. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES (RELATORA)

V O T O

WBS e LRS foram denunciados pela suposta prática do delito tipificado no art. 155, §§1º e 4º, I e IV, CP e, devidamente processados, restaram condenados como incurso nas sanções do art. 155, §4º, IV, CP. Ao réu WBS foi imposta a pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 11 dias-multa. O réu LRS, por sua vez, recebeu a pena de 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 10 dias-multa, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, junto à Prefeitura de Passa Quatro/MG, na limpeza urbana, e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo.

Inconformados com o desfecho da ação penal, recorreram os sentenciados e o Ministério Público.

Em suas razões, o Parquet almeja a reforma da sentença, para que os réus sejam condenados nos termos da exordial acusatória, com a conseguinte readequação das respectivas penas. Pugna, ainda, pela imposição de regime prisional fechado ou semiaberto ao réu WBS, bem como pela cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fl. 125/127).



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Contrarrazões às fl. 134/135.

Por sua vez, os réus, assistidos pela Defensoria Pública, recorreram buscando a absolvição e, em sede eventual, o decote da qualificadora pertinente ao concurso de agentes, com a desclassificação do crime para furto simples. No tocante a WBS, foi requerida, ainda, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e a concessão do benefício da substituição da pena (fl. 128/133).

Contrarrazões às fl. 137/138.

Com vista dos autos, opinou a d. Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do apelo da defesa (fl. 146/158).

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos legais para admissibilidade e processamento.

Narra a denúncia que, em 07 de julho de 2015, por volta de 23h35min, na Rua Ângelo D'Alessandro, Centro, em Passa-Quatro/MG, os acusados, agindo em comunhão de desígnios, quebraram, com uma pedrada, a porta de vidro da loja "Ponta dos Pés", de propriedade de RRLT, e, em seguida, invadiram o estabelecimento, subtraindo do caixa a quantia de R\$290,00.

A materialidade delitiva encontra-se comprovada por meio do boletim de ocorrência (fl. 3/6), autos de apreensão (fl. 18 e 20), em consonância com as demais provas dos autos.

A autoria, igualmente, não comporta dúvidas, mormente tendo em vista que ambos os denunciados a confessaram quando ouvidos sob o crivo do contraditório, como se verifica dos respectivos interrogatórios de fls. 74 - WBS e 75 - LRS.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

É certo, ainda, que as confissões encontraram respaldo na palavra da ofendida, RRLT, tendo em vista o relato apresentado por ela, em juízo, à fl. 96.

Assim, inviável se mostra a absolvição dos acusados.

No tocante às qualificadoras, a defesa busca o decote do concurso de agentes, ao passo que o Parquet requer o reconhecimento daquela referente à destruição ou ao rompimento de obstáculo.

Sem razão a defesa, visto que os acusados confessaram, em juízo, terem planejado e executado o crime em conjunto, com o intuito de subtraírem dinheiro para aquisição de entorpecentes (fl. 74 e 75).

Portanto, reputo demonstrado o concurso de pessoas, de modo que a qualificadora constante do art. 155, §4º, IV, CP, deve ser mantida.

Também não assiste razão ao Ministério Público ao pretender o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, §4º, I, CP, mormente tendo em vista que, no caso em tela, não houve a realização da necessária perícia, de molde a constatar a ocorrência de destruição ou rompimento de obstáculo.

Como sabido, o exame de corpo de delito é uma exigência contida no artigo 158 do Código de Processo Penal, nos crimes que deixarem vestígios. É certo que o artigo 167 do mesmo diploma atenua o rigor do mencionado dispositivo legal, permitindo que a prova testemunhal supra a falta do exame pericial.

Tal autorização, no entanto, diz respeito apenas à hipótese de desaparecimento dos vestígios do delito, o que não condiz com o caso concreto, em que foi narrada, na denúncia, a destruição de uma porta de vidro, a qual poderia ter sido submetida à devida perícia.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Nesse sentido, trago à colação lição de Guilherme Souza Nucci:

"... se o crime deixa vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito (art. 158 do CPP), não podendo supri-lo a prova testemunhal. Esta somente será admitida, em lugar do exame, caso os vestígios tenham desaparecido, conforme preceitua o art. 167 do Código de Processo Penal" (Código de Penal Comentado, 4ª edição, ed. RT, 524).

Na mesma esteira, recente julgado oriundo do colendo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA DIRETA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. QUALIFICADORA AFASTADA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, quando a conduta deixar vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável à comprovação da materialidade do crime, podendo, contudo, o laudo pericial ser substituído por outros elementos de prova apenas quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos.

2. Na espécie, o aresto combatido não faz qualquer menção à ausência de vestígios da conduta, que inviabilizaria a realização de perícia no local, revelando-se, pois, insuficiente a comprovação da qualificadora feita por meio de outros instrumentos de prova, mormente por auto de constatação lavrado por um policial militar sem a devida designação para o encargo.

3. Impõe-se a manutenção da decisão agravada, que afastou a qualificadora referente ao rompimento de obstáculo, com a consequente adequação da pena aplicada.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

PRIMARIEDADE E PEQUENO VALOR DO BEM SUBTRAÍDO. PRIVILÉGIO. RECONHECIMENTO. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Preenchidos os requisitos exigidos no § 2º do artigo 155 do Código Penal, quais sejam, primariedade e pequeno valor da coisa subtraída, o acusado faz jus ao abrandamento da reprimenda em razão do privilégio.

2. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para reconhecer o furto privilegiado, redimensionar a pena, substituindo-a por restritiva de direitos.

(AgRg no REsp 1608902/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017) (g.n)

Destarte, é de se concluir que o culto sentenciante agiu com acerto ao excluir da condenação a qualificadora descrita no artigo 155, §4º, I, do Código Penal.

Por outro lado, requereu o Parquet a incidência da majorante prevista no §1º do artigo 155 do Código Penal, cujo reconhecimento foi afastado pelo Magistrado singular, que entendeu pela sua incompatibilidade com o crime de furto qualificado.

Embora viesse anteriormente esposando entendimento no sentido de que a causa de aumento em questão não se conciliava com o delito na modalidade qualificada, verifiquei ser outra a atual orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual passei adotar em virtude de sua relevância.

De fato, por se tratar de circunstância relativa ao meio de execução do crime, de natureza objetiva, valendo-se o agente da menor vigilância sobre o bem que se busca subtrair, necessário que o



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

aspecto tenha repercussão na pena, devendo incidir, até mesmo, nas hipóteses em que o furto é qualificado.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 155, §§ 1º E 4º, I, DO CP. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELA PRÁTICA DO DELITO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1658584/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017) (gn)

Vê-se, portanto, que a majorante prevista no §1º do art. 155 do Código Penal deve ser aplicada mesmo nas hipóteses de furto qualificado, pois a vigilância da vítima sobre patrimônio é menor e este, conseqüentemente, fica mais vulnerável à ação ilícita do agente.

Não há, assim, qualquer óbice legal à aplicação concomitante dos §§ 1º e 4º do artigo 155 do Código Penal, devendo a majorante incidir no presente caso, nos termos em que pleiteado pelo órgão ministerial.

Passo, assim, à reestruturação das penas, atenta aos demais pedidos recursais.

Réu WBS:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A pena-base foi fixada no mínimo legal, diante da avaliação favorável de todas as circunstâncias judiciais.

Na segunda etapa da dosimetria, foram reconhecidas a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, no entanto, o i. Magistrado não as compensou, por considerar que a agravante em questão é preponderante.

Respeitosamente, ousou discordar, pois, segundo entendimento que adoto, ambas as circunstâncias são igualmente preponderantes. Não bastasse, é certo, ainda, que o réu possui apenas uma condenação criminal transitada em julgado, circunstância que reforça a necessidade de compensar a agravante da reincidência com a atenuante em questão.

Logo, na segunda etapa, opero a compensação pleiteada pela defesa, mantendo a pena em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Por fim, na última fase da dosimetria, incide a majorante pertinente ao repouso noturno, que conduz à elevação da pena em 1/3, nos termos do art. 155, §1º, CP. Assim, a reprimenda atinge o patamar de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, no qual se torna definitiva, à míngua de outras circunstâncias capazes de alterá-la.

Quanto ao regime prisional, correto o Parquet ao pedir o seu recrudescimento. Com efeito, apesar de condenado a pena inferior a 04 anos de reclusão, o réu é reincidente, de modo que deve iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto, diante da inteligência do art. 33, §2º, CP.

Inviável a substituição da pena, diante da reincidência do acusado, nos moldes do art. 44, II, CP, cumprindo destacar que se trata de hipótese de reincidência específica.

Réu LRS:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A pena-base foi fixada no mínimo legal, diante da avaliação favorável de todas as circunstâncias judiciais.

Na segunda etapa, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea, no entanto, ela não teve o condão de modificar a pena imposta, visto que esta já se encontrava no mínimo legal cominado, em obediência ao enunciado sumular nº 231 do STJ.

Por fim, na última fase da dosimetria, incide a majorante do repouso noturno, que conduz à elevação da pena em 1/3, nos termos do art. 155 , §1º, CP. Assim, a reprimenda atinge o patamar de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, no qual se torna definitiva, à míngua de outras circunstâncias capazes de alterá-la.

Quanto ao regime prisional, fica mantido o aberto (art. 33, §2º, c, CP), diante da quantidade de pena aplicada e da primariedade do acusado.

Por fim, mantenho também a substituição da pena, nos moldes em que determinada pelo juízo singular, porquanto devidamente preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício, nos termos do art. 44 do CP.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso da defesa, para compensar, na pena do réu WBS, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, e também provejo em parte o apelo ministerial, para reconhecer a causa de aumento relativa ao repouso noturno, reestruturando as penas, além de impor ao réu WBS o regime inicial semiaberto.

Considerando o novo posicionamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, expeça-se mandado de prisão em desfavor de WBS, com validade de 08 (oito) anos, obedecidas as demais disposições da Resolução nº 137 do Conselho Nacional de Justiça.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Custas, na forma da sentença.

DES. RENATO MARTINS JACOB (REVISOR) - De acordo com a Relatora.

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS

V O T O

Acompanho a Eminente Des. Relatora em seu voto, porém divirjo na parte em que determina a expedição do mandado de prisão.

Com efeito, tem-se que o Ministério Público se conformou com a r. sentença de primeiro grau no tocante à não decretação da cautelar dos réus.

Ora, sendo a deliberação acerca da manutenção/decretação da custódia cautelar ou da soltura do acusado parte integrante da sentença (art. 387, § 1º, do CPP), deveria o parquet ter questionado tal ponto do provimento jurisdicional, porém não o fez, operando-se os efeitos da coisa julgada em relação ao Ministério Público.

A par disso, concluo ser inadmissível, no caso em questão, a decretação da execução provisória, com a conseqüente expedição de mandado de prisão e da respectiva guia, sob pena de violação ao princípio da non reformatio in pejus, na medida em que o órgão acusatório, ao não recorrer da sentença primeva, anuiu a todos os comandos desta.

Ademais, ressalta-se que a decisão tomada pelo pleno do STF no HC nº 126.292/SP tem, tão-somente, efeitos no caso ali debatido. Pelo o que consta no voto de relatoria do em. Min. Teori Zavascki, acompanhado pela maioria, não houve declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal do Código de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo Penal ou mesmo da Lei de Execução Penal, permanecendo válidos o art. 283 do CPP e os arts. 105 e 147 da LEP.

Referidos artigos condicionam a prisão e o recolhimento para a execução ao trânsito em julgado da sentença condenatória:

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 investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (destaquei)

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. (destaquei)

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. (destaquei)

Percebe-se, então, que a decisão do Supremo Tribunal de Federal tão somente reinterpreto o art. 5º, LVII, da CR/88, mas não declarou os efeitos disso em relação à legislação infraconstitucional, sendo perfeitamente aplicável o art. 283 do CPP e arts. 105 e 147 da LEP.

Mesmo que tivessem sido declarados inconstitucionais, o controle incidental, apesar de ter força de orientação jurisprudencial, não vincula as decisões dos magistrados e tampouco dos tribunais de segunda instância.

Neste tocante, adequada a análise de Lenio Luiz Streck, em coluna publicada no site Consultor Jurídico, no dia 19/02/2016, da qual transcrevo trechos oportunos:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

[...] essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, uma vez que a matéria foi levada ao Plenário. Mas, olhando bem, nesse caso, sequer houve declaração incidental, porque foi uma interpretação da Constituição e, ao que se sabe, não há dispositivo de CPP declarado inconstitucional. E aí está o problema: não há como contornar o que diz, claramente, o artigo 283 do CPP (é de 2011 essa redação):

[...]

Em primeiro lugar, não creio que haja dúvida sobre o que diz esse dispositivo. Todos sabemos o que é sentença condenatória transitada em julgado. Segundo: examinei o voto do ministro relator, Teori Zavascki [...] e não encontrei sequer menção ao artigo 283 do CPP. Também na declaração final do dispositivo lida pelo ministro presidente foi possível detectar qualquer coisa nesse sentido. Consequentemente, esse dispositivo continua hígido, correto? Para tanto, com toda a vênia, vou usar Zavascki contra Zavascki. Explico: é do ministro Teori Zavascki, quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, o brilhante voto na Recl. 2.645, que diz (e já citei no mínimo uma dezena de vezes essa bela passagem): não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo "sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade". Perfeito! Resposta correta: não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. Esta é, aliás, a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o Judiciário está autorizado a não aplicar uma lei (cf. Verdade e Consenso, passim). Por isso, tenho absoluta tranquilidade para dizer que o artigo 283 continua válido. Logo, aplicável.

[...] Assim, escrevo esse artigo pra dizer: os tribunais de segundo grau não estão vinculados a essa decisão; não existe nenhum dever jurídico-constitucional de obediência a ela.

(STRECK, Lenio Luiz. Opinião: Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Consultor Jurídico, edição do dia 19/02/2016. <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck->



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Data de acesso: 09/03/2016.)

Infelizmente, a emergência que tem sido típica das legislações penais, sobretudo as especiais, tem também alcançado a seara processual penal.

Apesar dos tímidos avanços por uma leitura a partir do paradigma do Estado de Direito e de um modelo constitucional e acusatório de processo penal, o que se vê no cenário nacional é que, em prol de uma luta contra o sentimento de impunidade, o Poder Judiciário tem caminhado em resposta a anseios sociais ao invés de se comprometer com a lei, principalmente com a Constituição da República, bem como com a proteção e efetivação de direitos e garantias constitucionais, ainda que se decida contra a opinião da mídia ou da maioria.

O Min. Marco Aurélio, quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, em plenário, fez ponderações que merecem reflexão a respeito da conjuntura histórica e de crise em que o Brasil se encontra frente a necessidade resguardar os princípios e valores democráticos, bem como acerca da mudança abrupta de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] Já, agora, com o voto de integrantes que buscam sempre a preservação da jurisprudência, revemos jurisprudência, que poderia dizer até mesmo recente, para admitir o que ressalto em votos na Turma como execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada.

Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta - não me canso de dizer - que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio país.

Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.

Admito que a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, ao crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos. Lembremo-nos da Copa de 1970, Zagalo, Pelé e companhia, quando se ouvia o refrão: "Noventa milhões de brasileiros em ação". Hoje somos duzentos e cinco milhões de brasileiros em ação. Um crescimento demográfico de cerca de cento e quarente por cento, presente natalidade sem controle.

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação - que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo -, o seu voto.

[...]

(trechos do voto disponibilizado pelo Consultor Jurídico. <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-hc-126292.pdf>>. Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Como bem lembrado pelo em. Min. Marco Aurélio, no ano de 2009, no HC de nº 84.078/MG, sob relatoria do Min. Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade da chama "execução antecipada de pena" - exceto daqueles que se encontram presos cautelarmente, cujos pressupostos para a medida subsistam, já que essa medida é benéfica ao réu e se coaduna com a legislação constitucional e infraconstitucional vigentes -, entendendo que o previsto literalmente no art. 5º, LVII, da CR/88, e na Lei de Execução Penal se sobrepujam, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP (que trata do recurso extraordinário e seus efeitos). Além disso, a mesma Corte Suprema reafirmou não só que prisão antes do trânsito em julgado da condenação apenas se sustenta quando decretada cautelarmente, mas também que os acusados também são sujeitos de direitos aos quais é devida a dignidade da pessoa humana. Vejamos a ementa do acórdão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[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". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepujam-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

(HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Não obstante o pretérito e correto posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que, frise-se, declarou expressamente a inconstitucionalidade da execução provisória no ano de 2009, com publicação em 2010, a mesma Corte, sem qualquer debate profundo a demonstrar novos fundamentos a embasar a alteração jurisprudencial e sem examinar os graves efeitos da decisão, incorreu em indesejado retrocesso na interpretação de um reconhecido direito fundamental, que não pode ser alvo de modificação restritiva nem mesmo pelos legisladores (cláusula pétrea, art. 60, § 4º, IV, da CR/88), sendo a presunção de inocência regente do microsistema processual penal na medida em que se desdobra num dever de tratamento de todos os acusados.

Se o legislador infraconstitucional, que produz a lei, não pode alterar restritivamente uma cláusula pétrea, tampouco o julgador pode fazê-lo no momento da aplicação ou não da norma no caso concreto.

Quanto ao assunto, Aury Lopes Júnior, também em coluna (Limite Penal) publicada no site Consultor Jurídico, datada de 04/03/2016, dentre vários argumentos, apontou acertadamente que:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como 'presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um 'dever de tratamento' no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.

(LOPES JR., Aury. Limite Penal: Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. Consultor Jurídico, edição do dia 04/03/2016. <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)

Sob o prisma da hermenêutica, a simples leitura do inc. LVII do art. 5º da CR/88, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", não deixa dúvida a permitir qualquer interpretação, quanto mais restritiva. Neste sentido, o Min. Marco Aurélio e o Min. Ricardo Lewandowski foram precisos em seus votos:

Por que, em passo recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever a jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. [...]

(trechos do voto disponibilizado pelo Consultor Jurídico. <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-hc-126292.pdf>>. Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*. Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.

(trechos do voto disponibilizado pelo Consultor Jurídico. <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-hc-126292.pdf>>. Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)

O Min. Celso de Mello, igualmente, manifestou-se de maneira semelhante:

[...] a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa - independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado - há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

[...]

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos.

O fato, Senhor Presidente, é que o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal.

[...]

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

(trechos do voto disponibilizado no site do STF.
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>>.
Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)

Ainda assim, mesmo diante da literalidade do texto constitucional que condiciona o conceito culpabilidade ao trânsito em julgado da



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

sentença penal condenatória, o Supremo Tribunal Federal alicerçou a decisão retrógrada à análise de Direito Comparado, ao conceito de culpabilidade fática e a escopos processuais metajurídicos que devem ser alcançados a todo custo em nome de uma rápida punição e resposta à sociedade.

No que diz respeito ao Direito Comparado, apesar de sua extrema importância, é importante lembrar o cuidado que se deve ter no momento em que se cotejam ordenamentos jurídicos distintos.

Sobretudo na esfera criminal, há inúmeras modalidades de persecução penal nos mais diversos países, assim como formas de julgamento, de sistemas recursais e prisionais, o que muito atrapalha o estabelecimento de qualquer tipo de ponto de contato ou importação de conceitos, principalmente quando se leva em conta que a Constituição de República brasileira condiciona a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação. Tal questão foi bem destacada pelo Min. Celso de Mello:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(trechos do voto disponibilizado no site do STF.
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>>.
Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)

Quanto ao conceito de culpabilidade, a Constituição de República, ao estabelecer que todos são presumidamente inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, adotou a definição normativa, e não a fática adotada por vários países, como, por exemplo, os Estados Unidos.

Geraldo Prado, em artigo publicado no Boletim nº 277 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em dezembro de 2015, analisando o pacote das "10 medidas de combate à corrupção", proposto pelo Ministério Público Federal, já nos ensinava que:

Pelo ângulo dos modelos, a questão submetida à invisibilidade - não discutida na motivação dos anteprojetos - refere-se à presunção de inocência, como sublinhado, cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, em sua relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. Enrique Bacigalupo chama atenção para o fato de que o modelo norte-americano de processo penal, aparentemente paradigmático e inspirador das modificações pretendidas, é o do "controle social do delito" (crime control model), que atribui ao processo penal função determinante na luta contra o delito. O modelo do controle social do delito opera com um conceito operacional de culpabilidade fática que é oposto ao conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. O crime control model apoia-se na tese da igualdade hierárquica entre direitos fundamentais intangíveis e no dever do Estado de garantir "justiça eficiente", sublinha Bacigalupo, e termina por determinar o âmbito normativo dos direitos processuais do acusado "ponderando, também, os interesses da persecução do delito".

A proposta em si seria grave se atentássemos apenas à advertência de Arzt, referida por Bacigalupo, de que esta perspectiva cuida da reducionista "introdução demagógica do controle da criminalidade como finalidade absoluta" do processo penal que vira as costas à



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

experiência histórica de que reduzir a finalidade do processo penal ao controle da criminalidade gera um "poder descontrolado (que) não é especialmente efetivo, mas destrutivo, com tendência à autodestruição porque é extremamente duvidoso que a arbitrariedade possa criar a ordem". Trata-se de distorcido enfoque de política criminal.

Isso, todavia, não é tudo. Em realidade, o nosso modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela cláusula pétrea da presunção de inocência e apoiado em um conceito jurídico de culpabilidade não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica). O fato de para a acusação, por exemplo, o recurso extraordinário em matéria penal não ter efeito suspensivo, enquanto o contrário se verifica relativamente ao mesmo recurso interposto pela defesa, não se resolve por uma equação matemática de "igualdade".

(PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. Boletim Publicação do Instituto Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, nº 277, dezembro de 2015, p. 11. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)

Já em relação aos escopos metajurídicos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a nova interpretação do princípio da presunção de inocência, tais como, o sentimento de impunidade, o clamor social, o uso abusivo de recursos protelatórios, a ocorrência prescrição em inúmeros feitos e a efetivação do poder punitivo estatal, nada disso pode se sobrepor à garantia constitucional da presunção de inocência.

Se há sentimento de impunidade, pressão da mídia e da sociedade, protelação de processos até que se operem os efeitos da prescrição ou mesmo ineficiência de poder punitivo estatal, esses graves problemas jamais poderão ser resolvidos em detrimento de um direito fundamental elevado à condição de cláusula pétrea.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Proceder-se assim, é negar as raízes em que se fundam a Constituição da República de 1988, mormente a do Estado de Direito, é tentar resolver um problema estrutural e do próprio sistema processual adotado, restringindo um direito fundamental.

Ora, supondo que a questão da ineficiência do poder punitivo estatal se resume ao número excessivo de recursos, aos prazos prescricionais e à demora jurisdicional, que ela seja solucionada com uma reforma processual penal, com uma alteração na sistemática prescricional do Código Penal e com investimento físico e humano nos tribunais do Brasil.

Causa espanto o Supremo Tribunal Federal não perceber o impacto que tal decisão trará ao sistema prisional brasileiro, possibilitando a execução provisória da pena, pois reconheceu recentemente o "Estado de Coisas Inconstitucional" do mesmo sistema carcerário na ADPF 347. O Min. Lewandowski, inclusive, consignou sua estranheza no voto por ele proferido no HC nº 126.292/SP:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.

(trechos do voto disponibilizado pelo Consultor Jurídico. <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-hc-126292.pdf>>. Data de acesso: 09/03/2016.)



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ainda, prosseguiu o Min. Lewandowski ao comparar a execução antecipada da pena com a execução provisória do processo civil, fazendo menção ao art. 520 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), do qual se depreende que tal modalidade de execução precoce está sempre condicionada à possibilidade de reversão, não ocorrendo o mesmo no processo penal. Demais disso, o Ministro elucidou as graves consequências a serem suportadas com a decisão tomada:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é, então, vejam Vossas Excelências, com todo o respeito, há incongruência - digo isso com a maior humildade e, insisto, reverência aos votos vencedores, que agora já se consolidaram -, há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor dentro de poucos dias, no dia 16 de março vindouro. Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos crescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(trechos do voto disponibilizado pelo Consultor Jurídico. <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-hc-126292.pdf>>. Data de acesso: 09/03/2016.) (destaquei)

Outro dado que não pode ser desconsiderado, além dos fundamentos já explicitados, é que aproximadamente 30% (trinta por cento) das decisões confirmadas em segundo grau acabam sendo reformadas pelos Tribunais Superiores.

Assim, uma vez autorizada a execução antecipada da pena na maneira como foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, o risco de cidadãos inocentes serem presos, cumprirem pena e depois serem absolvidos será extremo e, como dito, a estes não haverá possibilidade de restituir-se o tempo perdido nas custódias estatais.

Por fim, destaco que o recente julgamento mencionado pelo Ministério Público, qual seja, da sessão realizada em 05 de outubro de 2016, no qual o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, apreciando o pedido das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, decidiu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede a execução das penas após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Não obstante o julgamento das Medidas Cautelares nas ADC's, não houve declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal do Código de Processo Penal ou mesmo da Lei de Execução Penal, permanecendo válidos o art. 283 do CPP e os arts. 105 e 147 da LEP.

Assim, cabe a cada magistrado, no exercício independente da função jurisdicional, aplicar o Direito vigente aos casos que lhe são submetidos, principalmente analisando a presença dos pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP, imprescindíveis para a decretação da custódia cautelar no processo penal.

Neste tocante, inclusive, confira-se ementa de recente decisão monocrática proferida pelo em. Min. Celso de Melo, em sede de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Medida Cautelar no HC nº 135.100/MG:

EMENTA: "HABEAS CORPUS". CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). CRIME HEDIONDO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. "REFORMATIO IN PEJUS". VEDAÇÃO (CPP, ART. 617, "in fine"). DECRETAÇÃO, "ex officio", DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ("CARCER AD POENAM"). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, "CAPUT"). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. [...]

(HC 135100 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 04/07/2016 PUBLIC 01/08/2016)

Portanto, acompanho a Eminente Des. Relatora em seu voto, mas apresento voto divergente no tocante à determinação, de ofício, da



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

expedição do mandado de prisão.

SÚMULA: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, VENCIDO, EM PARTE, O EM. DES. 1º VOGAL."