



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

MARIA CAROLINA PAIVA DIÓGENES RÊGO

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL

MOSSORÓ/RN

2018

MARIA CAROLINA PAIVA DIÓGENES RÊGO

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Artigo apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas (DCSA) como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Rural do Semiárido.

Orientador: Prof. Ms. Wallton Pereira de Souza Paiva.

MOSSORÓ/RN
2018

MARIA CAROLINA PAIVA DIÓGENES RÊGO

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Artigo apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas (DCSA) como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Rural do Semiárido.

Orientador: Prof. Ms. Wallton Pereira de Souza Paiva.

APROVADO EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Wallton Pereira de Souza Paiva (UFERSA)
Presidente

Prof. Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas (UFERSA)
Primeiro Membro

Prof. Ms. Ulisses Levy Silvério dos Reis (UFERSA)
Segundo Membro

*Com todo o meu coração dedico ao meu avô
Geraldo (in memoriam), responsável pela
concretização desse sonho. Finalmente, em
2018, no seu 10º aniversário de falecimento,
pude cumprir a promessa que lhe fiz: estou
recebendo meu diploma, vovô, e ele é todo
dedicado ao senhor.*

AGRADECIMENTOS

À Deus e à Nossa Senhora por nunca soltarem a minha mão nessa longa jornada fora de casa. Foram cinco anos e meio longe da minha família, mas nunca desamparada, pois, minha fé sempre me sustentou.

Aos meus pais, uma vida toda de agradecimento ainda é pouca. Obrigada pelo apoio incondicional, pelos conselhos, mas, principalmente, pelos sacrifícios, que não foram poucos, sempre buscando o melhor para a minha educação e dos meus irmãos. Nós iremos mostrar que todos os esforços valeram à pena.

Às minhas avós Judith e Didi, às minhas tias e tios que me mostraram o real significado da palavra família, ajudando a mim, meus pais e irmãos no momento de maior dificuldade que passamos. Minha gratidão a todos vocês.

Em especial, às minhas tias Neide e Netinha e meus tios Nelson e Túlio que sempre olharam por mim e permitiram, com todo o apoio, que eu pudesse terminar os meus estudos fora de casa.

Preciso agradecer também aos meus tios Vera e Rosemir que, no começo da minha jornada, abriram as portas da sua casa e me receberam como se filha fosse.

À minha prima Juliana Katherine, que acreditou em mim mais do que eu mesma. Jamais esquecerei.

Às amigas e amigos que fiz em Mossoró, em especial, Alice, Carla, Camila, Karol, Nhayara, Rhianna, Fernando, João Paulo, Lairson e Pedro Ramon, obrigada por tornarem a busca por esse diploma tão divertida e prazerosa. Estamos juntos na profissão e na vida.

À Arthur, Bruna, Gabi, Marcelinho, Maria Rita, Mariah e Ricardo que, apesar da distância, estavam presentes todos os dias.

À Camila e Karol, não tenho palavras suficientes para externar. Obrigada.

Ao meu orientador Wallton, que acreditou na minha capacidade, mais do que eu mesma, de desenvolver um tema tão inovador. Conseguimos.

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal restaurou sua jurisprudência anterior no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, sob a relatoria do ministro Teori Zavascki, afirmando que o início do cumprimento de pena, após sentença penal condenatória de segunda instância, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, independente da pendência de julgamento de recursos para instâncias extraordinárias, pois a análise fático-probatória se encerra nas instâncias ordinárias. Diante desse cenário e valendo-se da existência de uma Teoria Geral do Processo para todas as áreas, analisamos as mudanças postas com o advento da Lei 13.105/2015 nos conceitos básicos formulados pela TGP e suas utilidades nas demais áreas, em razão da aplicação subsidiária, bem como, abordamos acerca das tutelas de mérito e das novas Tutelas Processuais no Código de Processo Civil a partir das Tutelas Provisórias, discutindo acerca dos seus conceitos e aplicações e, de forma específica, sobre a Tutela de Evidência. Por conseguinte, adentramos na seara Processual Penal com o estudo sobre as tutelas processuais, quais sejam as medidas cautelares, discorrendo sobre seus conceitos e aplicações para, ao final, analisar o Acórdão do Supremo Tribunal Federal e concluir se há possibilidade de uma sentença penal condenatória de segunda instância ser considerada uma Tutela de Evidência em Processo Penal. Quanto ao aspecto metodológico, consistirá em pesquisa desenvolvida sob o método dedutivo, vez que iniciará com uma abordagem mais ampla do tema, através da relação da Teoria Geral do Processo com Processo Civil e Penal, bem como as tutelas de mérito e processuais para que ao final possam ser analisadas frente ao caso posto no Acórdão Judicial do Supremo Tribunal Federal. Em sede de conclusão, pode-se perceber quanto à possibilidade de analogia entre a sentença penal condenatória de segunda instância e a Tutela de Evidência vez que ambas possuem características similares a partir da evidência do direito suficientemente comprovado e evidenciado, capaz de formar o entendimento do magistrado diante das provas inequívocas, satisfatórias para ensejar uma condenação em razão da diluição da presunção de inocência frente o crescimento da certeza judiciária.

Palavras-chave: *Habeas Corpus* 126.292/SP; Teoria Geral do Processo; Tutela de Evidência no Processo Penal.

SUMÁRIO

1 Introdução	8
2 As Tutelas na nova Teoria Geral Do Processo com o advento da Lei Nº 13.105/2015 ..	9
2.1 As tutelas de mérito	12
2.2 As tutelas processuais.....	14
3 As Tutelas Processuais no Processo Penal	21
4 O Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus Nº 126.292/SP – Análise processual quanto Tutela de Evidência	24
5 Considerações Finais	29
Referências	32
Anexo A – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no <i>Habeas Corpus</i> 126.292/SP	34

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil foi elaborado visando substituir o antigo diploma, que já não cumpria com as funções que lhe eram esperadas frente às mudanças sociais, além das constantes modificações e emendas que o tornaram obsoleto, afetando diretamente a segurança das relações jurídicas. Por outro lado, objetivou também combater a morosidade do Judiciário, que muitas vezes, denega uma prestação jurisdicional de qualidade em razão da demora na atuação dos processos. Todavia, essa nova lei não altera unicamente o CPC, vez que, além da aplicação subsidiária do mesmo, partimos do pressuposto da existência de uma Teoria Geral do Processo una para todas as áreas, formando os conceitos jurídicos básicos que são aplicados às demais áreas processuais.

Diante desse cenário de modificação, as tutelas provisórias foram reexaminadas pela nova lei, passando a ser definidas como Tutela de Urgência e Tutela de Evidência, sendo a primeira subdividida ainda em tutela cautelar e antecipada. A partir disso, em um estudo mais aprofundado, a problemática se concentra em realizar uma analogia entre o instituto processual civil da Tutela de Evidência – frente à Teoria Geral do Processo – para que, através da análise do acórdão proferido Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP, possamos ponderar se uma sentença penal condenatória de segunda instância pode ser considerada como uma Tutela de Evidência em Processo Penal.

Com isso, fundado nessas inovações na legislação e partindo de uma análise da Teoria Geral do Processo, o presente estudo será dividido em três etapas. Na primeira etapa será abordado o contexto histórico da Teoria Geral do Processo de modo a demonstrar seus institutos e sua aplicação una às demais áreas processuais formando os conceitos jurídicos básicos, bem como as mudanças que foram implicadas com o advento da Lei 13.105/2015 que modificou o Código de Processo Civil e trouxe uma nova disposição das tutelas. Com isso, o objetivo é de abordar as tutelas de mérito e as processuais, exaurindo seus conceitos, aplicações e subdivisões.

Na segunda etapa, partindo do pressuposto da existência de uma Teoria Geral do Processo una para todas as áreas processuais, o enfoque será a discussão das tutelas processuais sob o enfoque do Processo Penal, abordando acerca da sua divisão e conceitos, bem como analisando as espécies de medidas cautelares, que possuem o mesmo objetivo das tutelas processuais civis, qual seja, trazer celeridade ao andamento processual, buscando efetivar a prestação da tutela jurisdicional do Estado mesmo com a morosidade.

Por fim, na terceira e última etapa, será desenvolvido o problema do presente estudo, através da análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que permitiu o início do cumprimento de pena após decisão em segunda instância e que esta não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência. Com isso, será realizada uma análise processual no que tange à execução provisória de pena após decisão de segunda instância, ponderando se esta pode ser considerada como uma Tutela de Evidência em Processo Penal.

Ademais, no que tange a metodologia, será utilizado o método dedutivo, vez que iniciará com uma abordagem mais ampla do tema, através da relação da Teoria Geral do Processo com Processo Civil e Penal, bem como as tutelas de mérito e processuais para que ao final possam ser analisadas frente ao caso posto no Acórdão Judicial do Supremo Tribunal Federal.

Considerando o exposto e diante da novidade do tema, bem como os seus desdobramentos de interpretação pela doutrina, que não é uníssona, mostra-se útil e relevante o presente estudo com o intuito de demonstrar e debater as novas alterações postas com o advento da Lei 13.105/2015 bem como seus impactos e desdobramentos nas demais áreas processuais, em específico no Processo Penal conforme será abordado, através da análise processual do referido acórdão, desenvolvendo a problemática se uma decisão penal condenatória de segunda instância pode ser considerada uma tutela de evidência em processo penal.

2 AS TUTELAS NA NOVA TEORIA GERAL DO PROCESSO COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.105/2015

Em 18 de Março de 2016, após um ano de *vacatio legis*, entrou em vigor a Lei nº 13.105/2015, que trouxe profundas mudanças ao cenário processual no Brasil ao alterar o Código de Processo Civil. O antigo código, datado de 1973, apesar de qualidade técnica, já não cumpria com as funções que lhe eram esperadas, vez que não acompanhava as mudanças na sociedade e necessitava de uma atualização visando evitar as constantes emendas e modificações realizadas que acabaram por lhe custar parte de sua estrutura originária, gerando certa desconfiança na segurança jurídica, principalmente em razão da falta de celeridade. Para justificar a mudança de legislação, a exposição de motivos do anteprojeto ressaltava a necessidade de garantir um novo Código através da simplicidade de linguagem e da ação

processual, mas, principalmente, privilegiando a celeridade e efetividade da ação, estimulando a inovação e modernização dos procedimentos, porém, sempre garantindo o respeito ao devido processo legal. Com isso, o Novo Código de Processo Civil não trouxe somente novos artigos e uma reorganização dos títulos, livros e capítulos, mas também, resultou em mudanças de forma substancial à Teoria Geral do Processo no que tange aos seus conceitos jurídicos fundamentais, utilizados nas diversas áreas processuais do direito.

A Teoria Geral do Processo é conceituada por Fredie Didier Jr (2017, p.40) como:

A Teoria Geral do Processo, Teoria do Processo, Teoria Geral do Direito Processual ou Teoria do Direito Processual é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais. São conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais todos àqueles indispensáveis à compreensão do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra.

A partir deste entendimento, a Teoria Geral do Processo é utilizada pela grande maioria da doutrina como sendo uma para todas as áreas processuais, sejam elas, penais, trabalhistas ou civis. Isso ocorre em razão dos conceitos básicos fundamentais existentes que alicerçam a prestação jurisdicional, apesar das peculiaridades de cada área, mas que são iguais, ditando o andamento processual em geral.

Dialogando acerca deste tema, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016) expõem que uma das funções essenciais e privativas do Estado é a de solucionar conflitos através da prestação jurisdicional, que ocorre a partir do momento em que não há mais meios consensuais para resolução do caso e o Estado é provocado pelas partes a atuar em uma causa específica. Esta provocação é necessária dada a inércia estatal, que não pode atuar de ofício. A partir disso, é através da função jurisdicional que atua a Teoria Geral do Processo, disciplinando o desempenho desta, o caminho que deve percorrer através do processo como instituto durante o seu desenvolvimento até o encerramento e, desse modo, assegurar que a tutela jurisdicional seja prestada aos jurisdicionados, que são os polos formadores da lide.

Nessa mesma linha de raciocínio corrobora Rodolfo Kronenberg Hartmann (2016, p.3) ao explicar sobre o tema:

Este ramo do Direito, que goza de plena autonomia nos dias atuais, é aquele que tem como finalidade disciplinar a forma em que o Estado (em sentido amplo) presta a

atividade “jurisdicional”, por intermédio de um instrumento denominado “processo”, após ter sido provocado pelo interessado por meio do exercício de “ação”. Assim, o “direito processual” é, justamente, este conjunto de normas jurídicas que permitirão regular o início deste “processo”, bem como o seu desenvolvimento e encerramento.

Dessa forma, pode-se concluir que o poder do Estado em solucionar conflitos oriundos de interesses opostos é realizado através da prestação jurisdicional e esta, por sua vez, é disciplinada pelos conceitos jurídicos básicos que compõem a Teoria Geral do Processo, devendo atuar dentro dos seus moldes através do processo e durante todo o seu desenvolvimento, tutelando o direito das partes.

Por outro lado, há uma parte minoritária da doutrina, como por exemplo, Aury Lopes Jr (2014, *online*) defendendo que não se pode universalizar a Teoria Geral do Processo para todas as áreas, vez que esta usa como base muito mais os institutos do processo civil sendo impossível proceder com tal analogia, afirmando que tal entendimento é danoso para o Processo Penal, criticando ainda as grades curriculares das universidades do país que incluem a Teoria Geral do Processo como disciplina e pouco se trata sobre o Processo Penal, sendo este preterido e engessado frente aos institutos do Processo Civil.

O autor afirma ainda, que há uma diferença insuperável entre as áreas, vez que o Direito Civil tem autonomia frente ao Direito Processual Civil, pois, consegue atuar e se efetivar sem necessariamente ocorrer por meios processuais como, por exemplo, a validade dos negócios jurídicos, o que difere da relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal que estão unidos em razão do Princípio da Necessidade, frente à imprescindibilidade do primeiro com o segundo, com o qual o Direito Penal não consegue atuar e alcançar sua eficácia sem o intermédio do Processo Penal, no caso, o caminho para chegar à definição da pena.

Todavia, mesmo diante dos argumentos da corrente minoritária, o entendimento predominantemente adotado é de uma Teoria Geral do Processo una para todas as áreas processuais dentro do Ordenamento Jurídico pátrio. Contudo, em razão das disciplinas necessitarem de institutos mais específicos, que alicercem suas peculiaridades, ocorre uma divisão do processo em outras frentes para que, com o fracionamento destas, possa atender às especificidades das áreas. Porém, mister ressaltar que todas decorrem dos mesmos institutos comuns, quais sejam, os conceitos jurídicos básicos formulados no estudo da Teoria Geral do Processo, aplicando, como o próprio nome diz, de forma geral a todas às áreas as normas básicas para efetivar a tutela jurisdicional do Estado.

Assim sendo, é necessário destacar as modificações substanciais postas na Teoria Geral do Processo com o advento do novo Código de Processo Civil, este que alterou significativamente muitos conceitos jurídicos básicos, adaptando-os para o momento histórico e desenvolvimento social que temos, além de buscar moldá-los para maior celeridade e simplicidade no judiciário, tentando evitar lides desnecessárias e fomentando o uso de soluções consensuais de conflitos.

Entretanto, essas mudanças dos conceitos básicos da TGP, além da estrutura do próprio CPC, atingem todas as demais áreas do direito pátrio em razão da aplicação subsidiária do código processualista civil nas demais disciplinas, sejam penais, trabalhistas, administrativas, eleitorais e inúmeras outras. Nesse diapasão, de forma mais específica em relação ao Processo Penal, pode-se elencar o artigo 3º do Código de Processo Penal – Lei 3.689/1941¹ – que reconhece expressamente a aplicação extensiva e analógica além do uso dos princípios gerais do direito. Dessa forma, apesar das defesas doutrinárias, mesmo que minoritárias, à inexistência de uma TGP una, é inegável a influência que o CPC tem sobre o CPP, não anulando as regras específicas de cada um, mas complementando e utilizando os ditames básicos na composição das duas áreas. E, diante desse cenário de mudanças nos conceitos básicos da TGP, podemos elencar as tutelas, sejam de mérito ou processuais, incluídas suas subdivisões que serão abordadas de forma mais específica.

2.1 As tutelas de mérito

As tutelas de mérito são aquelas pretendidas em razão do direito que visa alcançar com a propositura de determinada ação, podendo ser declaratória, constitutiva ou condenatória. Todavia, é de suma importância ressaltar que, apesar do objetivo acadêmico se concentrar em abordar acerca das tutelas processuais, faz-se necessário elucidar quanto às tutelas meritórias por serem estas o objetivo final da ação, vez que são postas de acordo com a natureza jurídica do bem objetivado pelo julgamento, ou seja, o tipo de tutela judicial do Estado concedida à parte. Dessa forma, ocorre por meio da sentença que analisa o mérito a efetiva prestação da tutela jurisdicional, salvaguardando o direito das partes que compõem o conflito.

Discorrendo acerca do tema, Humberto Theodoro Jr (2017) utiliza as palavras de Giuseppe Chiovenda (1969) para conceituar, de forma breve, os três tipos de tutelas

¹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

meritórias:

[...] se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de *condenação* e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que, para serem atuados requerem o concurso do juiz, é *constitutiva*; se, enfim, se adscrive a declarar pura e simplesmente a vontade da lei, é de *mera declaração* (p.1100-1101)

A partir desta conceituação inicial, podemos destacar que o objetivo principal da tutela declaratória é o de eliminar a contradição em uma situação jurídica. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 473), esta “apenas declara a existência, a inexistência, ou o modo de ser de uma situação jurídica”, dessa forma, é utilizada visando ter certeza frente à situação jurídica, dirimindo qualquer dúvida porventura existente e, após esta declaração, esgota a prestação jurisdicional. Com isso, tudo vai depender do pleito formulado pela parte durante a propositura da ação, vez que, se requereu a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica esta será dada por meio de uma tutela declaratória. Todavia, este tipo de tutela não obriga que uma das partes faça ou deixe de fazer algo, vez que como dito, apenas elimina a contradição de uma situação jurídica, declarando o direito e finalizando a ação.

Nesse diapasão, os autores afirmam que a tutela condenatória vai além dos termos da tutela declaratória vez não apenas elimina a contradição do caso, mas condena, aplicando uma sanção a uma das partes. Tem um caráter dúplice, pois declara o direito ao caso concreto e também determina o que deve ser cumprido, seja uma obrigação de fazer ou não fazer, por exemplo, e abre a possibilidade para execução vez que, em regra, forma um título executivo, no caso da obrigação não ser cumprida voluntariamente.

Por outro lado, a tutela constitutiva difere da condenatória e declaratória vez que, segundo Theodoro Jr (2017, p. 1105) “cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica”, possuindo efeito imediato em razão da modificação da situação jurídica não exigindo nenhuma execução posterior. Esse tipo de tutela é conhecido pela criação de novas situações, estando intimamente ligado aos direitos potestativos, ou seja, incontroversos, que serão constituídos por intermédio do juiz, funcionando como Estado.

Dessa forma, apesar de, precipuamente, todas as tutelas partirem do princípio de declarar algum tipo de situação jurídica, a divisão dos tipos de tutela materiais dependem da natureza do bem jurídico que se pretende alcançar com o julgamento da ação e, com isso,

atingir o mérito da causa, prestando efetivamente a tutela jurisdicional, ou seja, a proteção do Estado às partes. Porém, ressalte-se que estas classificações de tutelas de mérito e tutelas processuais dependem do ponto de vista que são postas, não se anulando necessariamente e podendo coexistir ao mesmo tempo.

2.2 As tutelas processuais

Partindo de outro modo de classificação, levando em consideração os aspectos processuais, têm-se a Tutela Provisória, posta pela Lei 13.105/2015 que modificou o Código de Processo Civil e trouxe essas tutelas dispostas no Livro V, do artigo 294 até o artigo 311, subdividida, inicialmente, em Tutela de Urgência e de Evidência que, por sua vez, as tutelas de urgência se subdividem ainda em Tutela Antecipada e Tutela Cautelar. Ademais, estas tutelas podem ser classificadas quanto ao tempo da sua apresentação, podendo ser antecedente ou incidental, porém, sempre depois de observada a existência de urgência ou evidência. São utilizadas em complemento à tutela principal do processo, esta que será alcançada ao final após analisado o mérito, objetivando celeridade para evitar sempre os danos causados pela espera existente no judiciário pátrio.

Essas Tutelas Provisórias tem como objetivo trazer celeridade ao processo vez que este é comumente marcado pela morosidade existente no Judiciário brasileiro. Desse modo, essas situações foram criadas pelo legislador para que o magistrado possa antecipar, a partir de um exame menos aprofundado, no início do processo ou no seu desenvolvimento próximo, os efeitos que só seriam alcançados pela parte ao final do processo, após a sentença ser proferida e transitada em julgado. Além disso, para que estas tutelas possam ser deferidas, é necessário que alguns requisitos legais sejam preenchidos, e, como o próprio nome diz, são provisórias, não possuindo caráter definitivo, todavia, podem ser estabilizadas, dependendo da espécie de tutela.

Conforme já exposto, a Tutela Provisória é dividida em tutela de urgência e de evidência. Inicialmente, acerca da tutela de urgência, resta esclarecer que esta ocorre quando há pretensão satisfativa ou cautelar e somente é deferida quando preenchidos os requisitos legais de probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, previstos no artigo 300² do CPC e tem como objetivo coibir qualquer dano que a demora da prestação da tutela jurisdicional possa causar.

² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A probabilidade do direito ou *fumus boni juris* consiste em demonstrar, com verossimilhança, que há direito ao mérito da causa, ou seja, apontar ao magistrado que, em uma primeira análise, mesmo que superficial, o pleito é formado por elementos que realmente são favoráveis. Nas palavras de Theodoro Júnior (2017, p.631-632):

O juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte. Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostrem plausíveis de tutela no processo.

Por conseguinte, além da probabilidade do direito, há ainda que se evidenciar o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, também chamado de *periculum in mora*, que significa o fundado receio da demora no julgamento do processo que pode acarretar prejuízos sob o risco de perecimento do objeto da ação. Discorrendo sobre o tema, Theodoro Junior (2017, p. 632-633) afirma que “ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave”.

Dessa forma, a lei estabelece os requisitos que devem ser preenchidos para a concessão da tutela de urgência, todavia, estes são alternativos, necessitando garantir apenas um para assegurar o deferimento do pleito. Por outro lado, a lei ainda regula a possibilidade de o magistrado fixar caução real ou fidejussória idônea por meio do §1º do artigo 300³ visando assegurar que a parte ré não tenha prejuízo em caso de revogação ou modificação da tutela anteriormente concedida, porém, tal medida pode ser dispensada em caso de hipossuficiência da parte.

Isto posto, estabelecido os requisitos para concessão da tutela de urgência, é necessário ressaltar que a mesma ainda se subdivide em tutela antecipada e tutela cautelar, as quais podem ser apresentadas tanto em caráter antecedente, ou seja, no início do processo, bem como incidental, isto é, no curso da ação, que independe do pagamento de custas, como também pode ser concedida liminarmente, após a propositura da ação ou em seguida à realização de audiência para justificação prévia, na qual as partes podem ser ouvidas pelo magistrado, assim como as testemunhas, com vistas a formar seu convencimento de deferir o pleito. Contudo, em razão da natureza predominantemente reversível das tutelas, há a situação

³ Art. 300, § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

artigo 300, §3^{o4} em específico, que a lei veda a concessão da tutela provisória quando o seu deferimento possa causar efeitos irreversíveis.

A tutela antecipada, subdivisão da tutela de urgência, nas palavras de Hartmann (2016, p. 116) “é aquela que corresponde à efetiva satisfação da pretensão de direito material”, ou seja, consiste na antecipação, do todo ou de parte, do direito que se pretende realizar, possuindo, portanto, caráter satisfativo. O magistrado analisará, por meio de cognição sumária, os elementos apresentados pela parte podendo conceder a tutela pretendida, todavia, esta decisão não faz coisa julgada, por não ser exauriente, necessitando de todo o trâmite processual ordinário para que, ao final, seja convertida em tutela definitiva e só assim formar coisa julgada.

Esta tutela pode ser concedida de forma antecedente ou incidental. Quando antecedente, a urgência da medida é contemporânea à propositura da ação – art. 303⁵ do CPC – apresentada por meio de petição inicial antes do ajuizamento do processo. Nesse caso, a urgência é tão substancial que a parte requer a tutela antecipada apenas indicando o pedido de tutela final e expondo brevemente a lide, além de demonstrar os requisitos do *periculum in mora* e/ou *fumus boni juris*, para só depois, em caso de deferimento, aditar à inicial complementando o processo e, não o fazendo, este será extinto (art. 303, §2^{o6}). Contudo, tal tutela pode ser estabilizada (art. 304) a partir do momento que a parte Ré não apresentar recurso à Decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, criando segurança jurídica e extinguindo o processo, porém, ressalvando que não há formação de coisa julgada com a estabilização da tutela em razão da cognição sumária (art. 304, §6^{o7}). De outra forma, quando incidental, é requerida no curso do processo por simples petição, após o ajuizamento da ação e depois do pedido principal já ter sido formulado, sempre apresentando o *periculum in mora* e/ou *fumus boni juris*. Nesse caso, a urgência surgiu no decorrer do andamento processual, podendo a parte requerer o pleito de tutela antecipada sem recolher custas vez que estas já foram pagas com a propositura da inicial. Todavia, a tutela apresentada de forma incidental

⁴ Art. 300, § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

⁵ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

⁶ Art. 303, § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

⁷ Art. 303, § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

não se estabiliza, sendo passível de revisão ao longo do processo, podendo ser confirmada ou não pela sentença definitiva.

Já a tutela cautelar, também subdivisão da tutela de urgência, é conceituada por Hartmann (2016, p. 116) como sendo “aquela que busca reconhecer um direito a uma cautela ou, de forma mais simples, a que busca tornar útil ou proveitoso um futuro provimento jurisdicional”. Nesse sentir, esta tutela tem caráter instrumental e difere da tutela antecipada por que não pretende antecipar, mas sim assegurar o direito pretendido, acautelando e/ou assegurando a lide, desse modo, quando a sentença for proferida o direito do autor não terá perecido. Esta medida tem previsão no artigo 301⁸ do Código de Processo Civil que assevera a efetivação da tutela cautelar por meio de “arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer medida idônea para assegurar um direito” e, no antigo código, eram disciplinadas por um livro específico, com rol exemplificativo. A análise do magistrado na tutela cautelar é apenas superficial, não definindo o direito material pretendido, apenas tutelando uma situação emergencial sem fixar nada definitivo.

Esta tutela também pode ser concedida de forma antecedente ou incidental. Quando antecedente, será apresentada através da petição inicial, observando os requisitos específicos do art. 305⁹ do CPC, quais sejam “indicar a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. Após a apresentação desta inicial, o juiz passará à análise do caso, determinando a citação da parte contrária a fim de contestar o pedido e indicar provas, caso deseje, dentro do prazo de cinco dias e o fazendo, prossegue o andamento de acordo com o procedimento comum, porém, não ocorrendo à impugnação, serão reputadas como verdadeiras as alegações autorais e o magistrado deverá decidir o pleito também no prazo de cinco dias. Após essa decisão, a tutela é efetivada e o autor deve promover a ação principal, aditando ao processo já existente no prazo de trinta dias, ressaltando que não há necessidade de pagamento de custas, vez que já foram recolhidas à propositura da tutela. Contudo, necessário destacar que esta tutela, diferente da tutela antecipada antecedente, não estabiliza e a lei fixa hipóteses em que

⁸ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.

⁹ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

haverá a cessação de eficácia nos incisos do art. 309¹⁰, sendo estas do autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, não efetivar a tutela dentro de trinta dias e o juiz julgar improcedente os pleitos autorais ou extinguir o processo sem resolução do mérito. Em sequência, não pode a parte renovar o pedido quando a eficácia da tutela for suspendida, exceto se houver fundamento novo e relevante, todavia, no caso da tutela ter sido indeferida, não há impedimento legal à propositura do pedido principal exceto o reconhecimento de prescrição ou decadência.

Em seguida, na hipótese de apresentação incidental da tutela cautelar, esta também ocorrerá no curso do processo por simples petição, após o ajuizamento da ação e depois do pedido principal já ter sido formulado, podendo ser feita em qualquer fase processual e devendo ser apresentada ao juiz da causa já existente vez que possui competência absoluta para julgar a causa.

Por conseguinte, no que tange às tutelas antecipada e cautelar, é necessário ressaltar quanto à fungibilidade concedida pela lei, definindo expressamente que, se o Juiz verificar que o pedido cautelar na verdade tem natureza satisfativa, poderá aplicar àquele as normas deste, adaptando o processo.

Por outro lado, a Tutela de Evidência, real objetivo deste estudo, está disposta no artigo 311¹¹ do Código de Processo Civil e não se baseia na demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, podendo ser deferida desde que, nas palavras de Hartmann (2016, p.131), “haja evidência do direito alegado pelo demandante”. Esta tutela busca conceder um direito incontroverso da parte, ou seja, o direito material apresentado está suficientemente comprovado a ponto de fomentar a concessão de uma tutela, convencendo o

¹⁰ Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

¹¹ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

juiz em favor de um dos polos e evitando que o curso do processo traga prejuízo a quem já demonstrou de forma satisfatória o seu direito. Todavia, apesar de possuir reais elementos de convicção, a Tutela de Evidência também tem uma análise sumária e, por ser provisória, o processo continua com seu prosseguimento normal, possibilitando o contraditório e a total instrução probatória, não se confundindo, portanto, com um julgamento antecipado da lide. Diante deste tema, Theodoro Jr (2017, p.697) ressalta que essa provisoriedade é justamente o motivo pelo qual permitiu que o novo Código de Processo Civil pudesse classificar as tutelas de urgência e evidência como espécies do mesmo gênero, qual seja, as Tutelas Provisórias.

O artigo 311 do Código de Processo Civil é formado por quatro incisos que formam um rol taxativo das hipóteses de cabimento da Tutela de Evidência, sendo estes divididos em duas modalidades: tutela de evidência punitiva, conforme inciso I e tutela de evidência documentada, de acordo com os incisos II, III e IV. O parágrafo único do referido artigo aduz acerca da possibilidade de concessão liminar destas tutelas, no caso os incisos II e III, porém, podem ainda ser incidentais, ou seja, no curso do processo nas hipóteses dos incisos I e IV.

O inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil trata da possibilidade de concessão da tutela de evidência quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”, sendo esta considerada punitiva. Estas duas alternativas não possuem conceitos definidos pela lei, sendo necessário que o juiz enquadre, dependendo de cada caso, em uma das opções, mas, ambas tem como finalidade aplicar uma sanção à parte – pode ser tanto autor como o réu – que age de má-fé, apresentando empecilhos à marcha processual e, conseqüentemente, à celeridade do processo. Em seguida, o inciso II do mesmo artigo aduz quanto ao deferimento da tutela quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Nesse caso, trata-se de uma tutela documentada que se baseia em precedente obrigatório, pois, a prova deve ser pré-constituída e baseada em julgamento de casos repetitivos, ou seja, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, ou ainda em texto de súmula vinculante, o que já demonstra em si a grande probabilidade de deferimento do pleito processual da parte, vez que a matéria já fora discutida em outros casos e já tem entendimento definido, mostrando assim a evidência.

Por conseguinte, o inciso III, também trata de uma tutela documental, mas, esta é específica aos casos de contrato de depósito através de pedido reipersecutório, ou seja,

quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. Essa situação está baseada no fato do Novo Código de Processo Civil ter extinguido o procedimento especial de depósito, que agora corre por meio do procedimento comum. Desse modo, com base no contrato existente entre as partes e na prova documental, há fundamento suficiente para a concessão da tutela e, com isso, o autor retoma a posse da coisa em caráter provisório até o prosseguimento ordinário da ação. Ao final, o inciso IV do mesmo artigo, permite o deferimento da tutela de evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Assim sendo, esta também é uma modalidade de tutela documentada e cinge-se à ausência de contraprova documentada suficiente pelo réu. Nesse caso, há a exigência de prova pré-constituída pelo autor, que apresenta junto à inicial, ao passo que o demandado não possui prova que rebata suficientemente àquela apresentada pelo requerente. Além disso, a prova documental juntada pelo autor deve ser suficiente à comprovação do direito da parte, ou seja, que demonstre a evidência do caso, sem abertura para dúvidas.

Mister ressaltar ainda, que nos casos dos incisos I e IV, o magistrado não pode deferir a tutela de evidência sem antes ouvir a parte ré. Vez que, quanto ao inciso I, é necessária sua manifestação para caracterizar o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, além de ser indispensável no caso de apresentação da tutela documentada do inciso IV, que o demandado se pronuncie para saber se há juntada de contraprova ou não. Porém, nos demais casos dos incisos II e III não há vedação à concessão da tutela sem ouvir a parte contrária.

Diante do exposto, as tutelas processuais são demasiadas importantes ao andamento processual vez que são utilizadas em complemento à tutela principal do processo, esta que será alcançada ao final após analisado o mérito, objetivando celeridade para evitar sempre os danos causados pela enorme morosidade existente no judiciário pátrio. Desse modo, permite-se que o magistrado, diante de uma análise perfunctória e provisória, possa conceder a tutela pleiteada, antecipando os efeitos da sentença, mas, diante de sua provisoriedade, permitindo que seja modificada ou não, dependendo do curso ordinário do processo, após a abertura ao contraditório.

3 AS TUTELAS PROCESSUAIS NO PROCESSO PENAL

No âmbito Processual Penal existe uma série de medidas, conhecidas como medidas cautelares, que são utilizadas para trazer celeridade ao curso processual, da mesma forma que as tutelas processuais civis são postas, conforme já apresentado anteriormente. Diante dessa análise, há uma linha tênue entre garantir a presunção de inocência e respeito ao acusado durante a apuração do fato delituoso, porém, em contrapartida, há o dever de efetivar medidas que possam garantir a persecução do processo e, apesar da diferença entre o Processo Civil e o Processo Penal na utilização das tutelas, vez que no âmbito processual penal estas precisam estar vinculadas aos autos de um inquérito ou uma ação já em andamento, diverso do processo civil, que pode ser apresentada antes ou no curso do processo, possuindo uma autonomia maior, ambas são postas para trazer celeridade ao feito, garantindo que a tutela do Estado possa ser efetivamente prestada ao final da análise de mérito, mas, que no decorrer desta análise, o real objetivo não seja perdido ou se torne ineficaz com a falta de celeridade existente. Dessa forma, mesmo não existindo um processo cautelar no processo penal, as medidas são colocadas em ação no curso do processo já existente para que possam contornar os efeitos do tempo sobre o seu andamento.

Discorrendo acerca do tema, Guilherme Madeira Dezem (2016, p.685) ressalta uma importante modificação no que tange às tutelas processuais civis e penais, vez que as primeiras, comumente, são baseadas no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, porém, estas são dificilmente aplicas ao âmbito processual penal que, por sua vez, utilizam o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Dessa forma, é nesse sentido que defendemos a posição de uma Teoria Geral do Processo una para todas as áreas, usada predominantemente pela doutrina, por justamente nesses aspectos permitir a possibilidade de criar novos institutos mais específicos que possam atender às particularidades de cada área, sem impedir que os institutos jurídicos básicos sejam os mesmos. Dito isto, vendo que não se pode aplicar os requisitos do processo civil, foram desenvolvidas as próprias imposições do processo penal através do *fumus comissi delicti* que nada mais é do que “a existência de probabilidade de ocorrência do crime (abrangendo aqui tanto os indícios de autoria quanto de materialidade)” (Dezem, 2016, p. 685), e do *periculum libertatis*, que de outro modo, “significa o risco que a liberdade do acusado (ou indiciado) representa para o processo” (Dezem, 2016, p. 685), ou seja, quanto maior o risco da parte continuar solta, maior e mais intensa será a possibilidade de deferimento da medida cautelar.

Dialogado acerca da divisão das medidas cautelares processuais penais, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1105) esclarece que essas estão espalhadas na legislação processual penal ordinária e na especial, instrumentalizando o exercício da jurisdição quando necessário. Desse modo, há situações em que a urgência é tão substancial que são necessárias providências para contornar os efeitos do tempo sobre o processo, podendo ser concedidas a qualquer momento da persecução penal, da fase investigatória ao andamento da ação em si, possuindo como objetivo garantir a real finalidade do processo. O autor esclarece ainda, que essas medidas estão dispostas de forma atécnica na legislação processual penal, vez que estão presentes no capítulo de provas, da prisão, das medidas cautelares, dentre outros e, diante dessa disposição não homogênea, pode-se fazer uma divisão tripartite entre as espécies, como sendo: medidas cautelares de natureza patrimonial, medidas cautelares relativas à prova e medidas cautelares de natureza pessoal.

No que tange às medidas cautelares de natureza patrimonial, Lima (2016, p. 1106) as define como “aquelas relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação”, dessa forma, tem como finalidade garantir a satisfação de eventuais valores futuros, oriundos de uma condenação. Estas medidas encontram-se dispostas nos artigos 125 a 144-A do Código de Processo Penal, no capítulo das medidas assecuratórias e são nominadas como sequestro, arresto e hipoteca legal. Em síntese, o sequestro, posto no artigo 125¹² do Código de Processo Penal estabelece quanto à possibilidade de atingir os bens objeto do crime, ou seja, mitigar o lucro que o acusado teria com a prática do crime, assegurando os valores de uma futura condenação para reparar os danos sofridos pela vítima e pelo Estado. Esse tipo de medida pode ser decretado de ofício pelo magistrado, em razão do seu interesse público, como também no curso do processo a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou através de representação da autoridade policial.

Por outro lado, a hipoteca legal, disciplinada no artigo 134¹³ do CPP decorre expressamente da lei e assegura a possibilidade de asseverar direito real sobre bem imóvel para garantir reparação a vítima e ao Estado em caso de futura condenação. Todavia, o dispositivo legal estabelece dois requisitos para a concessão dessa medida, quais sejam: a

¹² Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

¹³ Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

certeza da infração e indícios suficientes de autoria. Além disso, a hipoteca legal é realizada por meio de uma inscrição no registro público do bem para que conste que este é intransferível, a fim de terceiro de boa-fé não vir a adquirir por engano.

Em seguida, há o arresto, previsto no artigo 137¹⁴ do referido código, que visa à retenção do patrimônio lícito da parte, isto é, o que não foi fruto do crime em si, objetivando garantir a satisfação de uma futura condenação. Esta recai sobre os bens imóveis de origem lícita, porém, também pode ser aplicada a outros bens passíveis de penhora quando não existirem bens imóveis ou que estes sejam de valor insuficiente. Todavia, esse tipo de medida pode atuar como uma espécie de preparação à hipoteca legal ante a demora no procedimento da especialização e inscrição desta, assim, o bem é arrestado provisoriamente e, se no prazo de quinze dias não for requerido o pedido de inscrição na hipoteca, o arresto é revogado, nos termos do artigo 136¹⁵ do CPP.

Por conseguinte, temos as medidas cautelares relativas à prova, definidas por Lima (2016, p. 1106-1107) como “aquelas que visam à obtenção de uma prova para o processo, com a finalidade de assegurar a utilização no processo dos elementos probatórios por ela revelados ou evitar o seu perecimento”. Conforme exposto, essas medidas estão relacionadas à produção probatória e estão espalhadas de forma diversa pelo Código de Processo Penal, como exemplos podemos citar a busca domiciliar e pessoal, dispostas no artigo 240 e seguintes¹⁶, além da produção antecipada de prova (art. 225¹⁷ do CPP) também chamada de depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

Quanto às medidas cautelares de natureza pessoal, essas são de grande importância para o deslinde do tema, vez que abrangem os tipos de prisão, como também as medidas diversas de prisão. Por muito tempo, o magistrado tinha apenas a opção de aplicação de duas medidas cautelares pessoais: a prisão cautelar ou a liberdade provisória, doutrinariamente chamada de *bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*, pois, ou o acusado respondia o processo totalmente privado de liberdade ou com liberdade provisória, sendo obrigado a comparecer perante a autoridade quando requisitado, além de demais regras, como

¹⁴ Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

¹⁵ Art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal.

¹⁶ Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 De Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Capítulo XI – Da Busca e da Apreensão.

¹⁷ Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

por exemplo, não mudar de endereço sem prévio aviso. Contudo, com o advento da Lei 12.403/11¹⁸ houve a modificação destas medidas a partir da ampliação do rol, com uma nova redação ao artigo 319 do Código de Processo Penal, que passou a dispor de nove incisos determinando outros tipos de medidas cautelares diversas de prisão que podiam ser aplicadas cumulativas ou não, ao caso concreto. Dissertando acerca do tema, Lima (2016, p. 1109) ressalta que essa mudança reflete a tendência mundial vez que considera a medida privativa de liberdade como *ultima ratio*, a ser usada apenas quando outras medidas não restarem frutíferas. Essas medidas que podem ser aplicadas vão depender do grau de intensidade da necessidade de recolher ou não o acusado, vez que pode ser imprescindível, por exemplo, a prisão preventiva ou, em casos mais leves, as medidas diversas de prisão podem surtir o efeito previsto, cabendo ao magistrado ajustar ao caso concreto.

Dessa forma, apesar de não existir uma tutela cautelar específica para o processo penal, as medidas cautelares são postas como mecanismos que assegurem a efetiva prestação da tutela jurisdicional diante da urgência posta no caso em concreto. Nesse diapasão, podemos perceber que apesar da doutrina minoritária afirmar quanto à impossibilidade de utilização de uma única teoria geral para todas as áreas do processo, é inegável a percepção que, apesar das peculiaridades de cada área, os conceitos estudados e desenvolvidos são os mesmos, aplicando leis de forma subsidiária, modificando nomenclaturas, mas, principalmente, abrindo a possibilidade de adaptar e criar novos conceitos que abarquem a especificidade da matéria. Isto posto, podemos observar que, do mesmo princípio que parte as tutelas do processo civil, sejam de mérito ou processuais em si, o direito processual penal também tem as suas, colocando em prática, da mesma forma, o combate à morosidade e visando assegurar uma tutela jurisdicional prestada de forma digna e devida às partes.

4 O ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP – ANÁLISE PROCESSUAL QUANTO TUTELA DE EVIDÊNCIA

No dia 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP modificando a jurisprudência da Corte por maioria de 7 votos a 4, possibilitando a execução de pena após decisão condenatória confirmada em segunda

¹⁸ Lei Nº 12.403, de 4 de Maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

instância. À época, o ministro relator Teori Zavascki votou no sentido de modificação do entendimento da Corte, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luix Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes assegurando que o início da execução da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. A ministra Rosa Weber foi a primeira a apresentar divergência, sendo acompanhada pelos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski finalizando o julgamento do caso com a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

(Habeas corpus 126.292/SP, p.1)

O voto do ministro relator Teori Zavascki faz um aparato histórico da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na qual, a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era a diretriz inicial que prevalecia, mesmo durante a vigência da Constituição de 1988, com o entendimento do *Habeas corpus* 68.726 de 26/08/1991 de relatoria do Ministro Néri da Silveira. A jurisprudência nesse caso assentava no sentido de que a condenação do réu afastava a alegação de falta de argumentação da prisão preventiva, pois, os recursos especial e extraordinário não tem efeito suspensivo, não impedindo, portanto, o cumprimento da prisão.

Este entendimento foi, de forma reiterada, reafirmado pelas turmas do Supremo até que, após inúmeras discussões, a tradicional jurisprudência foi modificada com o julgamento do *Habeas corpus* 84.078/MG de 05/02/2009. A discussão neste julgado centrou-se no fato de que, por 7 votos a 4, os ministros decidiram que o princípio da presunção de inocência seria incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação, com base no princípio constitucional positivado no artigo 5º, inciso LVII¹⁹, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem na qual o Brasil é signatário.

Todavia, após a análise do Habeas corpus 126.292/SP a jurisprudência foi

¹⁹ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

novamente modificada, conforme já exposto, por maioria de 7 votos a 4, restaurando o entendimento anteriormente adotado no STF. Com o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a execução provisória da pena após decisão confirmatória de segunda instância não afronta o princípio da presunção de inocência. Em seu voto, o ministro relator Teori Zavascki ressalta que a análise do tema centra em dois pontos: o alcance do princípio da presunção de inocência *versus* o equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional penal. O ministro discorre ainda, acerca da análise do andamento processual na construção da sentença penal condenatória, pois é no âmbito ordinário que se discute e esgota a possibilidade de exame de fatos e provas, podendo o mesmo recorrer em liberdade, ressalvada às hipóteses de decretação de prisão cautelar, vejamos:

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. (Habeas corpus 126.292/SP, p.9)

Com isso, o ministro afirma que a presunção de inocência do acusado cinge-se à análise do caso na jurisdição ordinária, pois, com a sentença condenatória de primeiro grau há um juízo de culpabilidade decorrente das provas extraídas do caso, postas em contraditório durante toda a instrução processual, possuindo, portanto, validade que deve ser considerada, mesmo que não seja definitiva. Porém, em caso de interposição de recurso à segunda instância, haverá reanálise de elementos fático-probatórios da sentença *a quo*, encerrando a análise ordinária vez que há concretização do duplo grau de jurisdição. Além disso, o recurso de apelação criminal possui efeito devolutivo no que tange à matéria em análise, podendo modificá-la e o condenado pode apelar em liberdade, ressalvado os casos de prisão cautelar.

A partir disso, com o encerramento da fase ordinária do processo e levando em consideração que houve confirmação da sentença na análise de segundo grau e que os

próximos recursos, quais sejam, Recurso Especial e Recurso Extraordinário não possuem efeito suspensivo e só podem analisar matéria de direito, sem adentrar em reexame fático-probatório, o relator prossegue defendendo a possibilidade do início do cumprimento de pena, pois, a suposta pendência de análise dos Recursos Especial e Extraordinário não compromete em tese o princípio da presunção de inocência vez que o acusado fora tratado como inocente durante toda a instrução processual, porém, a sentença condenatória já fora confirmada por outro tribunal e, do mesmo modo, houve análise fático-probatória, contudo, manteve-se o mesmo entendimento. Desse modo, todos os direitos e garantias foram observados na construção e andamento de todo o processo, não indo de encontro ao princípio constitucional autorizar o início do cumprimento de pena, iniciando os efeitos da responsabilização penal que já restaram evidenciados por duas instâncias ordinárias.

Por conseguinte, o ministro Teori Zavascki traz um aparato analisando mundialmente o princípio da presunção de inocência *versus* início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Após exemplificar países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina concluindo que, em todos, apesar de algumas peculiaridades inerentes a cada sistema, há permissão para o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, ou seja, mesmo que haja pendência na análise de recursos.

Por outro lado, o ministro relator ressalta ainda, quanto à existência de interposição desmedida de recursos meramente protelatórios em razão de a jurisprudência assegurar o não cumprimento da pena ante o julgamento de todos os recursos, sejam ordinários ou extraordinários. Estes recursos visam à configuração da prescrição antes do real início do cumprimento de pena, desta feita, há a condenação do acusado, mas, em nenhum momento este é recolhido à prisão, pois, sua defesa apresenta sucessivos recursos que, diante da morosidade de análise, acabam configurando a prescrição e posterior extinção do feito.

Isto posto, o ministro finaliza seu voto afirmando que o Supremo Tribunal Federal tem o dever de garantir o andamento processual como meio de efetivação da atuação do Estado na função de punir. Desse modo, o retorno da jurisprudência ao entendimento antigo, possibilitando a execução após duplo grau de jurisdição e fixando aos Recursos Especial e Extraordinário apenas com efeito devolutivo, são mecanismos legítimos para sopesar o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional do Estado, vez que seria plenamente válido o início do cumprimento de pena, com recolhimento

do apenado após condenação nas instâncias ordinárias. E, no que tange às críticas de possibilidade de erro na análise das instâncias ordinárias dos fatos e provas – mesmo que ocorra em dois momentos – é necessário ressaltar que as instâncias extraordinárias não estão imunes, também sendo passíveis de erro. Com isso, o apenado não estará desamparado da tutela do Estado, podendo valer-se de medidas cautelares que concedem efeito suspensivo aos Recursos Especial ou Extraordinário, como também da ação própria que é o *Habeas corpus*, para combater violação aos direitos fundamentais em decorrência da condenação.

Ao final, propõe o ministro Teori Zavascki diante das razões expostas a restauração da jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal para que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (*Habeas corpus* 126.292, p. 19) sendo acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luix Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Diante do voto do ministro relator Teori Zavascki que foi acolhido por maioria de 7 votos a 4, restaurando a jurisprudência anterior do STF, podemos perceber que a análise quanto Tutela de Evidência da sentença penal condenatória de segunda instância e o início do cumprimento de pena, mesmo com os recursos de instâncias extraordinárias pendentes de análise, mostra-se cabível, pois passa a existir uma diluição quanto presunção de inocência do acusado com o aumento da certeza jurídica de sua culpa.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após a maioria dos ministros acompanharem o voto do relator, fixou que o princípio da presunção de inocência vale durante a análise de fatos e provas realizadas nas instancias ordinárias, nas quais há a efetivação do duplo grau de jurisdição. Todavia, após uma dupla análise fático-probatória as provas acerca da culpa do acusado mostram-se evidentes, diminuindo a dúvida que paira advinda do princípio da presunção de inocência. Vale repetir, portanto, que na verificação do caso nas instâncias extraordinárias não mais se observa os fatos e provas, reconhecendo apenas questões de direito em razão de não existir efeito suspensivo nos Recursos Especial e Extraordinário.

Dito isto, a Tutela de Evidência constante no artigo 311 do Código de Processo Civil, conforme já exposto, é fundada na evidência do direito demonstrado pela parte que postula, sendo este incontroverso, ou seja, o direito material está suficientemente comprovado a ponto de convencer o magistrado a conceder a tutela. Desse mesmo modo pode-se analisar a

decisão penal condenatória de segunda instância, que permite o início do cumprimento de pena, pois, os elementos norteadores a comprovar a condenação do acusado são tão evidentes, que o juízo de segunda instância, mesmo após novo reexame dos fatos e provas, mantém a sentença condenatória inicial, desse modo, a certeza jurídica aumenta e, apesar da possibilidade de recursos às instâncias extraordinárias, estas não mais analisarão elementos fático-probatórios, ou seja, a culpa do condenado não mais será relativizada, cabendo apenas nova verificação quanto às questões unicamente de direito.

Com isso, a Tutela de Evidência mostra-se cabível em forma de analogia ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, pois, a evidência em que é fundada a tutela, baseada em direito incontroverso da parte, resta constituída na análise do caso em instância ordinária, após finalizada a observação do conjunto fático-probatório que determina a culpa do acusado com a apresentação suficiente dos elementos capazes de ensejar a mesma. Isto posto, a sentença penal condenatória de segunda instância, que determina o início do cumprimento da pena, mesmo que pendente o julgamento dos recursos das instâncias extraordinárias, pode ser considerada como uma Tutela de Evidência em Processo Penal em razão da comprovação do direito mostrar-se evidente e suficiente ao caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP que acabou por restaurar a jurisprudência anterior do STF definindo que o início do cumprimento de pena após sentença condenatória de segunda instância não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. O objetivo geral era estudar este acórdão a fim de definir se uma sentença penal condenatória de segunda instância pode ser considerada como uma Tutela de Evidência em Processo Penal.

Dito isto, diante do objetivo, analisamos a nova classificação e subdivisões das Tutelas, modificadas com o advento do Código de Processo Civil - Lei nº 13.105 de 2015, partindo do pressuposto da existência de uma Teoria Geral do Processo uma para todas as áreas, através dos seus conceitos jurídicos básicos norteadores, todavia, mesmo diante desses conceitos básicos, que podem ser aplicados a todas as áreas, existe uma divisão do processo em outras frentes, visando atender às especificidades de cada uma, porém, valendo-se de que todas decorrem da mesma origem. A partir disso, vê-se que matérias como o Processo Civil e

o Processo Penal por mais que tratem de áreas com naturezas diferentes decorrem do mesmo ponto de partida, estando sempre interligadas e, com isso, observamos a importância que o Código de Processo Civil tem nessa seara e como as mudanças implicadas com o advento da Lei 13.105/2015 alteraram significativamente os demais campos, inclusive o Direito Processual Penal, pois, o CPC é aplicado subsidiariamente às outras disciplinas processuais.

Com isso, diante do cenário de mudanças posto com o advento da nova lei, as modificações não ficaram restritas à organização e disposição do novo código, mas, passou a atingir as demais áreas em razão das novas adaptações, que visam maior celeridade e desenvolvimento, que atingiram os conceitos básicos formulados pela TGP. Desse modo, conclui-se quanto à existência de uma Teoria Geral do Processo uma para todas as áreas que forma os ditames básicos processuais, permitindo a atuação por meio desta da tutela jurisdicional do Estado.

Uma das mudanças exemplificadas advindas da modificação da lei foram às tutelas, sejam de mérito ou processuais conforme foram abordadas no primeiro capítulo deste estudo. As tutelas meritórias, divididas em declaratória, constitutiva e condenatória, são objetivadas com a propositura de determinada ação, àquelas que são formadas ao final do processo, com a análise real do objeto pretendido e declaração de uma situação jurídica. Por outro lado, as tutelas processuais foram reexaminadas com a Lei 13.105/2015 e ganharam um livro próprio dentro do CPC como Tutelas Provisórias, subdivididas em Tutela de Urgência e de Evidência e, ainda, a Tutela de Urgência se subdivide em Tutela Antecipada e Cautelar que podem ser apresentadas de forma antecedente ou incidental. Estas tutelas, em geral, objetivam trazer celeridade ao andamento processual que é notadamente marcado pela morosidade existente no nosso judiciário pátrio, desse modo, esse foi o escape que o legislador encontrou de trazer maior rapidez na análise dos processos na busca de efetivar uma prestação digna da tutela jurisdicional pelo Estado às partes.

Com isso, pode-se concluir que, em razão da busca por essa celeridade, as tutelas processuais são todas provisórias, como o próprio nome diz e, respeitando as peculiaridades de cada uma, bem como seus requisitos, ambas funcionam para que o magistrado possa, a partir de um exame menos aprofundado, conceder direitos que só seriam deferidos ao final da marcha processual. Todavia, a Tutela de Evidência, que é um dos principais objetos deste estudo, cinge-se à existência de uma evidência tão substancial, capaz de demonstrar por si só a validade de um direito e, foi a partir deste conceito, que foi realizada

a analogia com o acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Partindo do ponto da análise das tutelas processuais, adentramos no âmbito processual penal, que possui suas medidas cautelares, objetivando discutir as tutelas processuais sob o enfoque do Processo Penal. Estas também são postas visando trazer celeridade ao andamento processual que é marcado pela morosidade, mas, sempre buscando colocar em equilíbrio a presunção de inocência do acusado *versus* a efetividade da persecução processual, evitando que o real objetivo seja perdido ou se torne ineficaz em função do tempo. Estas medidas encontram-se divididas em três pontos: medidas cautelares de natureza patrimonial, relativas à prova e de natureza pessoal e, podemos concluir que, apesar de estarem dispostas de forma atécnica no Código de Processo Penal, são postas como mecanismos que visam assegurar a efetiva prestação da tutela jurisdicional do Estado às partes por meio da celeridade dada à causa.

Ao final, o objetivo posto fora de ponderar acerca do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP sob a ótica processualista enquanto Tutela de Evidência e pudemos concluir quanto à possibilidade de uma sentença penal condenatória de segunda instância poder ser considerada como uma Tutela de Evidência. O voto do ministro relator Teori Zavascki foi utilizado como base à análise posta, pois, como relator, apresentou o primeiro voto sendo seguido pelos demais ministros até compor a maioria, apesar de 4 votos serem divergentes. Neste voto, o relator defende que o entendimento jurisprudencial anterior do STF fosse restaurado, pois, a análise fático-probatória do processo é analisada em duas instâncias ordinárias, que formam o duplo grau de instrução e, com isso, os elementos são analisados duas vezes, determinando a culpa do acusado que passa a ser condenado. Desse modo, como os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo e não analisam fatos e provas, somente matéria de direito, com o fim da instrução ordinária, a culpa do condenado mostra-se evidente em razão da crescente certeza jurídica acerca dos fatos e, ressaltando que sua presunção de inocência foi preservada durante toda a persecução penal, mas, diante das instâncias extraordinárias não há mais análise que enseje o cabimento do princípio, encerrando a aplicabilidade no mesmo nas instâncias ordinárias.

Com isso, o objetivo do presente estudo fora alcançado, pois, partindo da existência de uma Teoria Geral do Processo uma para todas as áreas, a analogia entre o instituto processual civil da Tutela de Evidência se mostrou cabível quando confrontado com

uma decisão penal condenatória de segunda instância, vez que suas características de direito suficientemente comprovado e evidenciado, capaz de formar o entendimento do magistrado diante das provas inequívocas, satisfatórias para ensejar uma condenação em razão da diluição da presunção de inocência frente o crescimento da certeza judiciária.

Outrossim, mesmo após alcançado o objetivo do presente estudo, precisamos ressaltar quanto a atual conjuntura desta jurisprudência, pois, apesar de ter sido definida recentemente, há aproximadamente 2 anos e 1 mês, vemos no cenário nacional a discussão no Supremo Tribunal Federal já objetivando modificar o entendimento, decidindo que a execução da pena antes do trânsito em julgado viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Todavia, o início dessa nova discussão se deu por meio político, no qual, o STF passou a ceder às pressões políticas para mudar seu entendimento vez que ele seria aplicado a uma figura política extremamente importante e influente, que é ex-presidente do Brasil, que possui sentença condenatória de segunda instância contra si. Dito isto, vemos o mais alto tribunal brasileiro se portar de forma política e não técnica, como se espera, pois, no momento em que deveria atuar assegurando a segurança jurídica das decisões proferidas, se vê no meio de manobras políticas escrachadas em rede nacional, objetivando, de forma desesperada, recolocar em pauta o tema recentemente já votado, em um tribunal com uma única mudança de composição dos ministros, apenas para que a jurisprudência seja urgentemente modificada e não leve à prisão uma pessoa influente, transformando-a em mártir.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori Data de Publicação DJE 17/05/2016, Ata nº 71/2016, DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Data de acesso: 20 de mar. 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo do novo processo civil**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**. Publicado em 27 de jun. de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boja-saude-processo-penal>>. Data de acesso: 17 de fev. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. 3.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo Civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 58. ed. Rev. Atual. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. ref. amp. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

ANEXO A – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S)	: MARCIO RODRIGUES DANTAS
IMPTE.(S)	: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S)	: MARCIO RODRIGUES DANTAS
IMPTE.(S)	: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada:

“As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,

HC 126292 / SP

DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ* (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator”.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.

Em 5.2.2015, deferi o pedido de liminar “para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

17/02/2016**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO****VOTO****O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

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

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

HC 126292 / SP

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, esgotadas 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

HC 126292 / SP

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

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

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 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. (...) 3. Habeas corpus denegado.

HC 126292 / SP

“(…) - 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 recorível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

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

HC 126292 / SP

estabelece:

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

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

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que *“o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado*

HC 126292 / SP

perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país” (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e

HC 126292 / SP

extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

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

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

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

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

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

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regule os procedimentos, tratando o implicado de forma

HC 126292 / SP

progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

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

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

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

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

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

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente

HC 126292 / SP

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

HC 126292 / SP

5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre *Caso ‘Coffin versus Estados Unidos’* em 1895.

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

(...)

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

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano 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

HC 126292 / SP

possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(...)

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

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

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

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

f) Portugal

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de

HC 126292 / SP

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

HC 126292 / SP

que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

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

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

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência

HC 126292 / SP

que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

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

“Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado

HC 126292 / SP

este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

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

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

HC 126292 / SP

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

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

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

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, antes de tudo louvo o voto do eminente Relator, que traz à discussão e enfrenta com a propriedade e minudência, peculiar a Sua Excelência, os temas que envolvem essa importante questão que é o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade relacionado à possibilidade de execução penal após esgotadas as instâncias ordinárias. Subscrevo as conclusões de Sua Excelência em relação aos temas enfrentados pedindo vênua para, brevemente, destacar os aspectos que se me afiguram determinantes, aproveitando o ensejo, ainda, para breve reflexão sobre a vocação constitucional deste Supremo Tribunal Federal.

Senhor Presidente, eminentes pares, *"não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra"*.

Essas palavras de Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, as quais cito em tradução livre, de certa forma expressam a concepção que tenho do papel que a Constituição reservou a este Supremo Tribunal Federal enquanto Órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

Creio que a esta Corte, pela Constituição, foi atribuído o elevado e **precípua** papel de guardião da Constituição, cujo exercício se dá por meio da formulação de teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem. Da mesma forma, ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuído pela Constituição o elevado mister de unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional.

Não desconheço que esta não é exatamente uma Corte Constitucional, nos moldes do sistema europeu continental, já que, pelo desenho que lhe deu a Constituição da República, há competências que

HC 126292 / SP

desbordam dessa noção. Cito, dentre outros exemplos, a competência originária decorrente do foro por prerrogativa de função, que nos incumbe de processar e julgar determinadas autoridades da República.

Essa competência, por certo, não se insere no rol daquelas que fazem deste Tribunal, primordialmente, uma Corte de Teses Constitucionais. É uma exceção que demandaria vontade política do Poder Constituinte Reformador para eliminar de nossa Carta Constitucional essa, a meu sentir, injustificável exceção ao princípio republicano.

Há, todavia, com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal, que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos.

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar

HC 126292 / SP

a execução da pena privativa de liberdade.

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.

Não me refiro apenas ao princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores, deles fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias, para que a sanção criminal assentada nas instâncias ordinárias possa ter eficácia.

Também não me refiro ao caso específico dos crimes dolosos contra a vida e à constitucionalmente proclamada soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF) que, a meu ver, opõe-se frontalmente à concepção segundo a qual as decisões condenatórias dos jurados – adjetivadas pela Constituição de soberanas – só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Tudo, desconsiderados eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que lhes são próprios.

Refiro-me, principalmente, secundando as conclusões do eminente Relator, ao arcabouço recursal desenhado pela Constituição

HC 126292 / SP

Federal e ao *locus* nele ocupado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar “*injustiças do caso concreto*”. O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças.

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.

Ainda, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que quera delas fazer instâncias revisoras universais.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma **terceira** ou **quarta** chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente

HC 126292 / SP

demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a **transcendência** e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais.

Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.

No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua

HC 126292 / SP

sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte, em recursos criminais, firmou-se no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios.

Essa jurisprudência já configura um limite imposto por essa Corte à estrita literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF. Defendo, na linha das razões muito bem articuladas pelo eminente Relator, que o limite deva ser maior.

Não depreendo da regra do art. 5º, LVII, da CF o caráter de presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias.

Porque, *data venia*, no limite, é disso que se trata!

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Não desconsidero, por fim, embora em homenagem à grande maioria da magistratura brasileira deva ressaltar que isto é excepcional, a existência de teratológicas decisões jurisdicionais, mesmo em segundo grau de jurisdição. Isso, todavia, não serve de argumento a conferir efeito paralisante à eficácia de absolutamente todas as condenações criminais assentadas em segundo grau.

Para sanar essas situações, como bem ressaltado no voto do eminente Relator, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de

HC 126292 / SP

interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte.

Sendo assim, tenho a honra de acompanhar o voto do eminente relator.

É como voto.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU.

1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII).

2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

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

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e

HC 126292 / SP

do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”

VOTO

1. O voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do *delineamento da controvérsia*. A Parte II é dedicada à apresentação dos *fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau*. Por fim, a Parte III expõe os *fundamentos pragmáticos para o novo entendimento*, preconizado no voto.

HC 126292 / SP

Parte I

DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA

I. A HIPÓTESE

2. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de indivíduo condenado pelo crime de *roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas* (Código Penal, art. 157, § 2º, I e II). De acordo com a acusação, o paciente, em 28.06.2003, juntamente com um cúmplice, teria subtraído da vítima, sob a mira de um revólver, a quantia de R\$ 2.600,00. Em primeiro grau, o réu foi condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses de reclusão. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recurso de apelação, tendo sido determinada a expedição de mandado de prisão.

3. Em *habeas corpus* sucessivos, o paciente questionou, primeiro perante o Superior Tribunal de Justiça e, agora, perante o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade de tal determinação. Em síntese, a discussão aqui travada consiste em saber se a Constituição admite ou não a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal –, independentemente do trânsito em julgado da decisão, isto é, enquanto ainda cabíveis recursos especial e extraordinário.

II. A OSCILAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA MATÉRIA

4. A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – no termo mais técnico – o princípio da presunção de não culpabilidade¹. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu

1 Sobre o tema, v. Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009.

HC 126292 / SP

nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp)². Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

5. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa *“engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”*, de modo que *“a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”*³. Esta é a orientação que tem vigorado até a presente data e cuja revisão aqui se

2 Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (iii) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie. Confirmam-se, ainda, as Súmulas 716 e 717: 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”*.

3 Votaram com a maioria os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

HC 126292 / SP

defende.

III. A OCORRÊNCIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

6. É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

7. O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade⁴. Na linha do que escrevi em trabalho doutrinário⁵:

4 Sobre o tema, v. o trabalho seminal de Konrad Hesse, A força normativa da Constituição. In: Escritos de derecho constitucional, 1983. Um desenvolvimento específico dessa questão foi dado por Friedrich Muller, para quem a norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo corresponde ao sentido extraído do texto do dispositivo constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O âmbito normativo, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade. V. Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005. Sobre a relevância dos fatos para a interpretação constitucional, v. Jean-Jacques Pardini, Le juge constitutionnel et le 'fait' en Italie et en France, 2001.

5 Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015.

HC 126292 / SP

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.

(...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser.

(...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro”.

8. Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

9. Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos,

HC 126292 / SP

sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%⁶. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões⁷.

10. Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos⁸. Em regra,

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

7 Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

8 Transcrevo aqui observação feita durante o meu voto oral no julgamento: “E aqui eu gostaria de dizer uma coisa que considero muito importante. Eu fui advogado mais de 30 anos. Eu não era advogado criminal, mas sempre tive admiração pela advocacia criminal. E me lembro como se fosse hoje de um comentário feito por um dos maiores advogados criminalistas do país, que era meu amigo e colega na UERJ, o Professor Evaristo de Moraes. Ele me disse: ‘As pessoas têm imenso preconceito contra os advogados criminais. Elas acham que nunca vão precisar da gente. Mas, no dia em que precisam – porque todo mundo está sujeito a um infortúnio e a um dia precisar – elas nos procuram humildes e devastadas. Aí seria a hora de lembrar a elas o preconceito que tinham contra nós’.

HC 126292 / SP

os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

11. Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva⁹ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

12. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de

Portanto, eu acho que a advocacia criminal merece apreço, merece respeito e desempenha um papel fundamental para a realização da justiça. Mas os advogados criminais não podem ser condenados a, por dever de ofício, interpor um recurso descabido atrás de outro recurso descabido para, ao final, colherem uma prescrição e a eventual não punição do seu cliente. Esse é um destino inglório para qualquer profissional. No entanto, é um papel que se cumpre porque o sistema permite, e o advogado se empenha em manter seu cliente fora da prisão. Portanto, não é uma crítica ao advogado. É uma crítica ao sistema”.

9 De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>

HC 126292 / SP

função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional.

13. Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. É o que se passa a demonstrar.

Parte II

*FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA
CONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU*

I. O PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO NÃO É O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA, MAS ORDEM ESCRITA E FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE

14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**,

HC 126292 / SP

conforme se extrai do art. 5^a, LXI, da Carta de 1988¹⁰.

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

16. Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).

10 Apenas no caso de prisão em flagrante, a ordem escrita e fundamentada é dispensada. Porém, desde o advento da Lei nº 12.403/2011, o flagrante deixou de constituir título autônomo e válido para manter a segregação cautelar do indivíduo. Nessa hipótese, a lei passou a exigir que a autoridade judiciária competente examine, com a maior brevidade possível, a necessidade de manutenção ou não da prisão, exigindo-se então ordem escrita e fundamentada.

HC 126292 / SP

17. Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.

II. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É PRINCÍPIO E COMO TAL ESTÁ SUJEITA A PONDERAÇÃO COM OUTROS BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

II.1. A presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio

18. Considerando-se que a Constituição Federal não interdita a prisão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessário indagar quais os fundamentos constitucionais para impor a privação de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição.

19. Os direitos ou garantias não são absolutos¹¹, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são

11 STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.”

HC 126292 / SP

inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida¹².

20. Já os *princípios* expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”¹³. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas¹⁴. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação¹⁵,

12 O *insight* pioneiro neste tema encontra-se em Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. 24 (onde se reproduz texto anterior, publicado como artigo, sob o título “The model of rules”, *University of Chicago Law Review* 35:14, 1967-1968).

13 Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 56; e Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 173-174.

14 Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.” (tradução livre).

15 De forma simplificada, o processo ponderativo se dá a partir das três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em

HC 126292 / SP

tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade*.

21. Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo¹⁶.

22. Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “*ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.

disputa e, ao final, o grupo de normas a preponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito.

16 Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, Tomo IV, 2000, p. 338: “a) Nenhuma restrição [a direitos] pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (...)”.

HC 126292 / SP**II.2. A normas constitucionais em tensão na hipótese**

23. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.

HC 126292 / SP**II.3. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização**

25. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, *“as causas decididas em única ou última instância”*. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

27. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da

HC 126292 / SP

efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*¹⁷.

28. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à *vedação do excesso*, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à *vedação à proteção estatal insuficiente* de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais¹⁸.

29. Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988¹⁹.

17 Sobre o tema, v. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2014, p. 482 e s; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015.

18 Nesse sentido, vejam-se: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio.

19 Luciano Feldens, *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, 2005; Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, *Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira*, mimeografado, 2009.

HC 126292 / SP

A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: *“A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”*²⁰.

30. Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

III. APÓS CONDENAÇÃO EM 2º GRAU, A EXECUÇÃO DA DECISÃO CONSTITUI EXIGÊNCIA DE ORDEM PÚBLICA

III.1. Fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após a condenação em segundo grau

31. No tópico anterior, foram apresentados fundamentos de índole estritamente constitucional que são adequados e suficientes para justificar a posição aqui defendida quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma

20

Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, 1979, p. 78 (a 1ª edição é de 1764).

HC 126292 / SP

insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. É possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, *em regra*, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Não é difícil demonstrar o ponto.

32. O artigo 312 do Código de Processo Penal²¹ prevê três situações em que a decretação da prisão preventiva é justificada, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria: (i) a conveniência da instrução criminal, consistente na necessidade de garantir a colheita de provas, evitar a atuação indevida do acusado sobre testemunhas etc; (ii) a garantia de aplicação da lei penal, que busca evitar que o acusado se furte ao processo e/ou ao seu resultado, e (iii) a garantia da ordem pública e da ordem econômica. Em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário²². Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer

21 CPP. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

22 Nesse sentido, confirmam-se, exemplificativamente: (i) HC 89.238, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, onde se lavrou: “Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC’s 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes

HC 126292 / SP

fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

33. Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal²³. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repressão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um

circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”; e (ii) HC 83.868, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2008, Pleno, de cuja ementa extrai-se que: “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”.

23 CF/88, art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da *ordem pública* e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: ...”. Vê-se, assim, que a ordem pública é, igualmente, um conceito constitucional, associado à segurança pública. O uso abusivo da repressão penal em outras épocas da vivência brasileira não deve impedir o seu uso legítimo, ponderado e eficiente em um Estado democrático.

HC 126292 / SP

formalismo estéril.

III.2. Uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer

34. Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto²⁴. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

35. Infelizmente, porém, esses casos não constituem exceção, mas a regra. Tome-se, aleatoriamente, um outro caso incluído na pauta do mesmo dia do presente julgamento. Refiro-me ao AI 394.065-AgR-ED-ED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991. Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva²⁵. Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda

24 Esta Corte, é claro, não se mostrou indiferente ao patente abuso do direito de recorrer, determinando, em alguns desses casos, a imediata execução da condenação. Porém, essa possibilidade não é suficiente para corrigir a disfuncionalidade existente no sistema recursal.

25 Também esta exigência de trânsito em julgado da sentença de pronúncia, previamente à realização do júri, está a exigir urgente reforma.

HC 126292 / SP

inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs. Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma, e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDiv, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.

III.3. A razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade

36. É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito.

HC 126292 / SP

37. Tamanha ineficiência do sistema de justiça criminal já motivou inclusive a elaboração, pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país é parte, de recomendação ao Brasil no sentido de *“implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção”*²⁶.

38. Aliás, a este propósito, cumpre abrir janelas para o mundo e constatar, como fez a Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.886 (j. 6.09.2005), que *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”*. Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto²⁷.

39. Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir

26 Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC. Fonte: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf

27 Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078', In: *Garantismo Penal Integral*, 2013, p. 453-477.

HC 126292 / SP

eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do *habeas corpus*. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.

Parte III*FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O NOVO ENTENDIMENTO*

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*²⁸, tem uma inegável dimensão *política*. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

41. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Como escrevi em texto doutrinário:

“A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa

28 Casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. Três situações geradoras de casos difíceis são a ambiguidade da linguagem, os desacordos morais e as colisões de normas constitucionais.

HC 126292 / SP

inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e **produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática)**. A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade *concretizadora* – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e *construtivista*, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa”²⁹.
(grifo acrescentado)

42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da

29

Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 322.

HC 126292 / SP

seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade.

I. EQUILÍBRIO E FUNCIONALIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

44. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal.

45. Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

HC 126292 / SP**II. DIMINUIÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL**

46. Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema.

47. Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (*e.g.*, corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (*e.g.*, lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. Como escrevi em recente texto acadêmico:

“Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação

HC 126292 / SP

cultural importante no Brasil: a valorização dos *bons* em lugar dos *espertos*. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade”³⁰.

III. QUEBRA DO PARADIGMA DE IMPUNIDADE

48. Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.

49. Em razão dos motivos aqui apresentados, entendo que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não obsta a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.

30 V. Luís Roberto Barroso, Brasil: o caminho longo e tortuoso. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Conferência-NYU-11-abr2016-versão-final-completa2.pdf>. Sobre o comentário final da transcrição, denunciando o círculo vicioso que premia os piores, v. Míriam Leitão, História do futuro, 2015, p. 177-78.

HC 126292 / SP

CONCLUSÃO

50. Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com revogação da liminar concedida, bem como para fixar a seguinte tese de julgamento: *“A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”*.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, este **habeas corpus** não estava previsto com maior antecedência para a pauta de hoje, e não tive condições de me debruçar sobre o tema com o cuidado e atenção que estava a merecer. Faço esse registro porque, quanto às colocações e às razões que estão levando o eminente Ministro Teori Zavascki a propor a revisão da jurisprudência desta Corte, eu compartilho das preocupações de Sua Excelência e louvo o belíssimo voto, assim como as oportunas colocações do Ministro Fachin e agora do Ministro Luís Roberto.

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem.

Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal. Por isso é que, embora louvando, como já disse, e até compartilhando dessas preocupações todas – é emblemático o caso que o eminente Ministro Luís Roberto refere, sob a minha relatoria, revelador do uso abusivo e indevido de recursos, e estamos todos os dias enfrentando essa realidade -, eu, talvez por falta de reflexão maior, não me sinto hoje à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta. E digo por quê. Colho do voto do Ministro Eros Grau, proferido no HC 84.078 - Tribunal Pleno, Diário de Justiça, de fevereiro de 2010, ou seja, há seis anos -, que por ele foi proposta a revisão da jurisprudência da Corte sobre o tema. E propôs

HC 126292 / SP

a revisão da jurisprudência da Corte, que, como o Ministro Teori Zavascki acentuou, era firme no sentido da possibilidade de execução da pena na pendência ainda de recursos, vale dizer, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, assim fundamentando: *“A execução da sentença, antes de transitada em julgado, é incompatível com o texto do art. 5 , LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de Sua Excelência, (no caso o Ministro Sepúlveda Pertence) , no julgamento do HC nº 69.964, a seguinte assertiva - (agora, palavras do Ministro Sepúlveda Pertence):*

“(...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena.

*(...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, **data venia**, que hurlent de se trouver ensemble. (...)”*

Também o Ministro Marco Aurélio afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao art. 5º da Constituição de 1988, da antecipação provisória do cumprimento da pena.

Sigo lendo da fundamentação do HC citado: *“Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente - e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia, porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente -, anoto a circunstância de o vocábulo “antecipada”, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada”.*

“Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.”

HC 126292 / SP

Este Plenário apreciou o tema com profundidade, naquela oportunidade, à luz da Constituição. Exarados votos, inclusive um belíssimo, como sempre, do nosso eminente decano, Ministro Celso de Mello, no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.

Não ousou, Senhor Presidente, no momento, repito, com todo o respeito, pedindo vênias ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanharam, afastar os fundamentos antes lembrados para referendar a revisão da jurisprudência da Corte. Assim, forte no critério que expus como norte da minha atuação nesta Casa, divirjo para conceder a ordem. Pelo que deparei do voto do Ministro Teori, o Ministro Falcão, no STJ, indeferiu a liminar em impetração contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinara "execute-se a pena", em execução provisória, não se tratando de decreto de prisão cautelar.

Respeitosamente divirjo, portanto, concedendo a ordem.

É como voto.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público.

Senhor Presidente, aqui, em muitas ocasiões, nós aduzimos ao silêncio eloquente do constituinte originário em determinadas matérias. Mas, no meu modo de ver, aqui houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade. A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra **mater** de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: *“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.”* Não há necessidade do trânsito em julgado.

Nós também, aqui, sempre nosso querido e dileto amigo Ministro Aurélio afirma que aqui não há semideuses, quer dizer, nós não temos a última palavra, porque sabemos mais do que todos. Então, se esse agente perpassa por todas as esferas do Judiciário, positivamente, é impossível que ele chegue, aqui, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente.

Por outro lado, Senhor Presidente, foi aqui destacado um aspecto muito importante que é, talvez, uma singularidade processual. A coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade

HC 126292 / SP

de alguns capítulos da decisão.

E é exatamente o que ocorre no processo penal, como aqui foi destacado pelo Ministério Público, pelo voto do Ministro Teori, Ministro Fachin, Ministro Barroso, com relação àquela matéria fático-probatória. Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais. E, eventualmente, **ad eventum**, e à luz da realidade prática muito difícil, pode-se, eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade.

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitem em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento.

Eu, como fui antecedido por três exemplares manifestações - Ministro Teori, Ministro Fachin e Ministro Barroso - não queria reiterar aspectos que aqui foram destacados. Mas, apenas, traria a lume, por fim, uma observação que parece muito importante. É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim,

HC 126292 / SP

após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer **ad infinitum**, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público. Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico.

E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral.

Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela:

"[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos."

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escorreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou:

"[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa."

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

Então, pedindo vênias à divergência e louvando essas três exemplares manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso, eu os acompanho integralmente.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO**VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também devo dizer que esta matéria, que já veio aqui algumas vezes, me parece da maior relevância, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico, para toda a sociedade. Acho que esse é um tema candente.

Lembro bem que, na última decisão que tomamos no **habeas corpus**, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria.

Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considereei que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.

Portanto, naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não

HC 126292 / SP

parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito.

E temos inclusive súmula, que aplicamos reiteradamente nos **habeas corpus** e em todos os outros processos, aqui incluídos os recursos extraordinários, a Súmula 279, que não permite revisão de provas nesta sede.

Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverão de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considere e concluí, votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos.

Por essa razão, Senhor Presidente, vou me manter na mesma linha dos votos antes proferidos, ou seja, neste caso, denego a ordem, acompanhando o Ministro-Relator, com as vênias da Ministra Rosa Weber que votou divergente.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, eu formei, como já foi até assinalado, a maioria que, no julgamento do caso do *Habeas Corpus* 84.078, estabeleceu a orientação hoje vigente quanto à necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença.

À época, lembro-me de que o relator do processo era o ministro Eros Grau, mas se destacou, com muita ênfase, o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso, que ressaltava a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presentes os requisitos de prisão preventiva. São os casos clássicos, nós nos lembramos bem, que são hoje enquadráveis naquele fundamento de ordem pública. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Então, era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau.

Como já foi amplamente destacado aqui e tem sido objeto de ampla discussão e reflexão, nosso sistema é bastante singular, porque, ao contrário, por exemplo, do modelo alemão, não enseja o trânsito em julgado a não ser depois de ultimadas todas as providências verificadas no processo. Daí, termos visto o caso recente trazido ao Plenário, do ministro Dias Toffoli. Esses apelos, minúcias, expedientes, que vão ao extremo. No Direito alemão, uma *Verfassungsbeschwerde*, um recurso constitucional, já se lançaria contra uma decisão trânsita em julgado. Foi, inclusive, o modelo que o ministro Peluso imaginou introduzir aqui, por proposta de emenda constitucional, dizendo, na fase da apelação, definida a apelação, já haverá trânsito em julgado. Portanto, é a partir desse modelo positivo que muitas vezes se diz "mas o modelo alemão, por exemplo, leva isso em conta". Ou o próprio modelo espanhol, que não tem o recurso constitucional, mas tem o recurso de amparo. Em suma,

HC 126292 / SP

seguindo as mesmas pegadas. Em nosso caso, ao contrário, sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões.

Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional. Não faz muito o *The Economist* fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e só nessa linha, ratificando, porque me esqueci, e acho que parte do número excessivo de prisões provisórias que nós temos no Brasil é pela percepção de que, se você não pune no início, não consegue punir no final. Portanto, uma inversão lógica que hoje nós talvez estejamos ajudando a combater.

Já que Vossa Excelência citou o *The Economist*, o desta semana tem uma matéria muito interessante pela descriminalização da maconha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um *habeas corpus*, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite.

Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça.

Ainda há pouco – e é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal –, esse crime, por todas as razões,

HC 126292 / SP

reprovável, ocorrido em Unaí, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico.

Um outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. Manda matar a suplente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e no caso de tribunal do júri, tendo em vista a soberania do júri, talvez se devesse até mesmo pensar a questão do segundo grau, tendo em vista a gravidade do homicídio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas ficou anos respondendo solto, vai a júri... Tem que se pensar em alguma coisa.

O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves.

Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação. E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediante do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro, Vossa Excelência me permite um segundo? Apenas para fazer uma observação que me parece muito coerente com o que já foi dito até aqui. Em todos os

HC 126292 / SP

casos isso é grave. Em todos os casos penais é grave.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A Justiça que tarda falha, é claro, mas, em alguns casos, a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada. De uma forma simples, dou um exemplo, que é esse trabalho que faço, de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois. Quer dizer, a pessoa não é presa. Ela já formou outra família, o homem. A criança que tinha oito anos viu isso, dezesseis anos depois, aos 24, nem entende mais o que está acontecendo. E quem é do interior - e o Brasil mora muito no interior -, sabe que as famílias são inimigas. Então, criou-se uma situação social em que aplica-se a lei, mas a ideia de justiça acabou, simplesmente acabou. Enfim, só para dar essa achega. Obrigada pelo aparte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Obrigado, ministra Cármen.

Agora eu também queria enfrentar a questão na perspectiva teórica da ideia da presunção de inocência ou presunção da não culpabilidade, que foi objeto de uma reflexão muito séria por parte do Tribunal. Acho importante o debate tendo como *leitmotiv* a ideia da presunção da não culpabilidade.

A mim me parece que nós temos uma sinalização de um instituto jurídico ou o desenho de uma assim chamada garantia institucional. O que se quer fundamentalmente? Que determinadas premissas básicas sejam seguidas. Agora, se nós notarmos, ao longo do desenho jurídico positivo, vamos ver que o próprio legislador lida com esse tema de maneira variada, dizendo, por exemplo, que bastam indícios para que se justifique a busca e apreensão. Logo, portanto, atenuando a ideia de uma presunção de inocência que tornasse o indivíduo quase que insuscetível de ser investigado. Mas, para o recebimento da denúncia, já exige alguma coisa mais densa, a ideia da materialidade.

HC 126292 / SP

O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de 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 ser 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 ser 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 extrai 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 uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado 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.

E, aí, eu vou citar um clássico do nosso Direito, que é Eduardo Espínola Filho, ao afirmar que “*a presunção de inocência é vária*”, dizia ele na linguagem singular, “*segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa*” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseller, 2000. p. 436).

Portanto, suscitando que isso é passível, usando uma linguagem da teoria dos direitos fundamentais, de uma conformação por parte inclusive do legislador. Não é um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa fórmula de tudo

HC 126292 / SP

ou nada. É disso que se cuida quando Eduardo Espínola Filho fala dessa gradação.

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

Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários.

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

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.

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10).

Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012).

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece

HC 126292 / SP

incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.

Como reforço, acrescenta-se que uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante.

Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade.

Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: *“Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”*.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que *“Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”*.

Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição).

Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saber em que momento isso ocorre.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando o dispositivo da Convenção Europeia, afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Alguns países, notadamente os do sistema *“common law”*, dividem os julgamentos nas fases de veredito (*verdict*) e de aplicação da pena (*sentencing*). Na primeira, é deliberado acerca da culpa do implicado. Se declarada a culpa, passa-se à fase seguinte, de escolha e quantificação das penas. No caso *Matijašević v. Serbia*, n. 23037/04, julgado em 19.9.2006, o Tribunal reitera já longa jurisprudência no sentido

HC 126292 / SP

de que, declarada a culpa na fase de veredito, o dispositivo não mais se aplica. Ou seja, com a declaração da culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos.

Os Estados Unidos adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal – art. 18 U. S. Code §3143 – determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea “a”), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas “b” e “c”). As legislações processuais dos estados não costumam ser mais brandas.

Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo.

O direito alemão prevê uma solução diversa. Muito embora não exista menção expressa à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No plano legal, o Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*) afirma que as “sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado” (§449: “*Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*”). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito (“*dringen verdächtig*”) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão – §§ 112 e 112a do *Strafprozeßordnung*. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht*, 19, 342).

Já o nosso texto constitucional segue a tradição das Constituições da Itália – artigo 27: “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” – Portugal – artigo 32, 2: “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais*

HC 126292 / SP

curto prazo compatível com as garantias de defesa” – e dos países de língua portuguesa em geral – Angola, artigo 67, 2; Moçambique, artigo 59, 2: 2; Cabo Verde, artigo 34, 1; São Tomé e Príncipe, artigo 40, 2; Guiné-Bissau, artigo 42, 2 e Timor Leste, artigo 34, 1.

Nota-se que, na tradição italiana e nas constituições de língua portuguesa a presunção vige até o trânsito em julgado.

Não se nega a importância da análise das Constituições de mesma tradição. Em nosso caso, os textos constitucionais de língua portuguesa são *“importante objeto de estudo”*, visto que *“é possível identificar uma tradição institucional comum que informa os ordenamentos constitucionais de Portugal, do Brasil, de Angola, de Guiné-Bissau, de Cabo Verde, de Moçambique, e de São Tomé e Príncipe”* (HORBACH, Carlos Bastide. O controle de Constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVI, nº 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005).

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito.

Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

HC 126292 / SP

Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.

O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio.

E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá sempre remédios, e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição dos eventuais condenados, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de *habeas corpus*.

Revisitei esse tema, Presidente, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que também somei posição na formação da jurisprudência que agora se está a rever. Mas a própria realidade institucional de difícil modificação – tanto é que todos nós nos lembramos do esforço feito pelo ministro Peluso, ao oferecer aquela proposta de emenda constitucional, mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Cível em geral. E, daí,

HC 126292 / SP

talvez a razão por que a proposta de emenda acabou por não ter o trâmite, a despeito do bafejo, do apoio que ela colheu na imprensa e também nos setores da política, porque é um juízo quase que unânime no sentido de que há algo de extremamente singular no nosso sistema jurídico penal, mas, de fato, a ideia que Sua Excelência desenvolveu, seguindo o modelo europeu de controle concentrado de que haveria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau e, aí, valia tanto para as decisões de caráter penal como de civil, colocou realmente em grande temor todos aqueles que imaginavam que, depois, o recurso extraordinário teria efeito de uma rescisória com todas as consequências e as próprias execuções que se fariam no campo cível já teriam caráter de definitividade. Daí, portanto, a dificuldade que se colocou. Mas isso é até um dado muito curioso que fala bem da honestidade intelectual do ministro Peluso. Sua Excelência, na verdade, que contribuiu decisivamente para o debate, para a consagração do precedente aqui referido, depois, diante da análise das consequências, se viu tentado a desamarrar o impasse e propôs então essa emenda constitucional que teve um trâmite bastante enfático e acentuado, eu acho que no Senado.

Mas eu quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação. E, à época, eu imaginei que a própria ressalva que o ministro Peluso tinha trazido quanto à possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau, fosse mais abrangente do que poderia ser, porque, de fato, em alguns casos, nós podemos chegar, após a decisão de segundo grau, à aplicação da prisão como garantia da ordem pública. Mas como fazê-lo, por exemplo, em casos graves de homicídio? Crimes que causam desassossego nas comunidades e que o réu responde solto? Vai a júri? Vai recorrer sucessivamente?

Nós temos inclusive hoje uma dificuldade, e esse é um outro dado importante, que nós até temos tido essa reflexão na Turma, alonga-se por demais a submissão de alguém ao julgamento do júri. Por quê? Porque se espera também a preclusão definitiva da chamada decisão de sentença de pronúncia. Portanto, isso vem em recurso para o tribunal de apelação e depois vem ao STJ e, muitas vezes, vem até ao Supremo Tribunal Federal,

HC 126292 / SP

frequentemente em *habeas corpus*, em suma, buscando a revisão da sentença de pronúncia. E, veja, o Brasil, nesse sentido, é um país, Presidente, Vossa Excelência tem os dados, inclusive, no CNJ, certamente é surreal. Acontece, no Brasil, prescrição de crime de júri, o que seria impensável, porque nós estamos falando da prescrição *longi temporis*, a mais ampla que se pode imaginar, mas eu me deparei com isso em Pernambuco, em que, em vários casos, teve-se de fazer mutirão, porque, veja, algo que seria impensável, que é a possibilidade de ter-se prescrição em função desse alongamento. O que realmente acaba comprometendo todo o sistema. Portanto...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, só um comentário nessa mesma linha. Primeiro, endossando a referência elogiosa ao Ministro Peluso, à qual adiro. Mas este problema... Eu fui do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, cinco anos. Uma das grandes tragédias brasileiras, em matéria de direitos humanos, é a existência de grupos de extermínio, de norte a sul do País, que atuam, sobretudo, em razão da impunidade do sistema formal de Justiça. Então, com um certo apoio velado da sociedade, aquele pequeno comerciante ou pequeno empresário, ou aquele que foi afrontado com, eventualmente, um homicídio não punido, ele contrata um matador e resolve o seu problema com uma Justiça paralela, que é apenas um sintoma mais grave de que a Justiça formal não foi capaz de atender à demanda dele.

De modo que, endossando essa sua observação, eu me lembro desse problema dos grupos de extermínio, que é um problema grave, de norte a sul do País; e é grave pela violência, e é grave por uma certa cumplicidade silenciosa da sociedade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E é verdade, o governador Eduardo Campos acompanhava essa questão, diretamente, me mostrou o sistema de acompanhamento no Palácio, em Pernambuco, e

HC 126292 / SP

ele ficava um tanto chocado, não era da área jurídica, com esse fenômeno; travava um combate muito intenso contra o crime organizado, especialmente, esse crime de mando em Pernambuco, e, depois de dois ou três anos da prisão de autores de crimes graves, ele dizia "a Justiça acaba decidindo pela soltura", porque vinha a questão do tempo de prisão, crimes complexos em que não havia a possibilidade de fazer um julgamento rápido e, claro, essas pessoas voltariam a cometer crimes, porque pertenciam a organizações criminosas. Nós sabemos que, em alguns parlamentos, de alguns Estados, há, inclusive, algumas figuras importantes que estão associadas – certamente Vossa Excelência deve ter visto isso na comissão – a esses crimes extremamente graves; a questão da pistolagem, em alguns Estados, é extremamente grave.

Então, a mim me parece que eu teria que me estender um pouco mais, Presidente, só porque me somei à maioria vencedora naquele caso. E quero ressaltar que, tivéssemos nós a compreensão, por exemplo, que têm os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nós teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública. Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão.

De modo que eu, fazendo todos esses registros, pedindo vênias agora à ministra Rosa Weber, que aderiu à posição anterior e, também, vênias antecipadas ao ministro Marco Aurélio, possivelmente ao ministro Celso de Mello, que há muito perfilham a orientação até aqui dominante, vou acompanhar o voto trazido pelo ministro Teori Zavascki, denegando a ordem.

17/02/2016**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo.

Há pouco, concluímos, considerada maioria escassa, por diferença de um voto, no sentido do não cabimento do *habeas corpus* contra ato de membro do Tribunal. Revelei preocupação quanto à reprodução dessa óptica nos Tribunais Superiores, nos vinte e sete Tribunais de Justiça e nos cinco Tribunais Regionais Federais. 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 ressaltou 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 Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.

Admito que a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, o 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 quarenta 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

HC 126292 / SP

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.

O caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial. Por que não é um caso à feição dessa mudança? Porque, na sentença, sem especificidade, sem limitação quanto ao recurso, assegurou-se ao paciente recorrer em liberdade. Ele o fez; o Ministério Público, não. Então, desprovida a apelação, implementou o Tribunal de Justiça não uma cautelar. Partiu para a execução – que já rotulei, com desassombro, como temporã, precoce, açodada –, determinando a expedição do mandado de prisão. Repita-se: assim o fez em cima de um recurso da defesa e presente a cláusula da sentença, não houve recurso da acusação, ensejadora da interposição de recursos – no plural – em liberdade.

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever 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,

HC 126292 / SP

onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de *habeas corpus*, muito embora também seja dado constatar que o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a recursos

HC 126292 / SP

–, considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Acompanho, Presidente, a divergência revelada pela ministra Rosa Weber. Implemento a ordem pleiteada na inicial deste *habeas corpus*.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Registre-se, desde logo, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.**

Na realidade, **a presunção de inocência**, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “*Suma Teológica*”, **constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).**

Esse, pois, na lição de doutrinadores – ressalvada a opinião de quem situa a gênese dessa prerrogativa fundamental, ainda que em bases incipientes, no Direito Romano –, o momento inaugural do reconhecimento de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

HC 126292 / SP

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

HC 126292 / SP

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, **que a repulsa** à presunção de inocência – **com todas** as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – **mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente**, à esfera jurídica dos cidadãos **restrições não autorizadas** pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, **a partir** da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), **que esse conflito ideológico entre o valor** do princípio democrático, **que consagra o primado da liberdade, e o desvalor** do postulado autocrático, **que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir** do século XIX, **quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento** em matéria penal: **a Escola Clássica**, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, **que sustentavam**, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, **a que se seguiram**, no entanto, os adeptos **da Escola Positiva**, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, **que preconizavam** a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, **e, finalmente, a refletir o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”)** **que tão perversamente** buscou justificar **visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica**, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, **responsáveis**, entre outros aspectos, **pela formulação** da base doutrinária **que deu suporte** a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção **segundo a qual não tem sentido nem é razoável** presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete**, com exatidão, essa posição

HC 126292 / SP

nitidamente autocrática, **que repudia** “A chamada tutela da inocência” e **que vê**, na “pretendida presunção de inocência”, algo “absurdamente paradoxal e irracional” (“op. cit.”, p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 e **destinada** a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese** ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, **considerado** o contexto histórico **que justificou**, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, **será a virtual** (e gravíssima) **esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.

Vale referir, no ponto, a esse respeito, a **autorizada advertência** do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT):

“O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...).

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana **senão também** (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, **segundo o qual** toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

HC 126292 / SP

Do princípio da presunção de inocência ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.

'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119)." (grifei)

Disso resulta, segundo entendo, que 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 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.

HC 126292 / SP

É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado

HC 126292 / SP

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.

Coerentemente com esse entendimento, tenho proferido decisões, no Supremo Tribunal Federal, que bem refletem a posição por mim ora exposta, como se vê, “p. ex.”, de decisão cuja ementa a seguir reproduzo:

“– A privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (‘carcer ad custodiam’), que não se confunde com a prisão penal (‘carcer ad poenam’). Doutrina. Precedentes.

– A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.

– A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a

HC 126292 / SP

prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

– A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.

– A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

– O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’. Medida cautelar deferida.”

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 15/10/2008)

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão

HC 126292 / SP

fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições.

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.

Veja-se, pois, **que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada** 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**.

Quando esta Suprema Corte, **apoiando-se** na presunção de inocência, **afasta a possibilidade de execução antecipada** da condenação criminal, **nada** mais faz, *em tais julgamentos*, **senão** dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental **que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente** até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.

HC 126292 / SP

Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, **com todas as gravíssimas consequências** daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático.

Por isso mesmo, impõe-se repelir, *vigorosamente*, **os fundamentos** daqueles que, apoiando-se em autores **como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini**, vislumbram algo “absurdamente paradoxal e irracional” na “pretendida presunção de inocência” (**a frase** é de Manzini).

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (**como** a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados **ou** réus perigosos, **pois expressamente reconhece**, *uma vez presentes razões concretas que a justifiquem*, a possibilidade de utilização, *por magistrados e Tribunais*, **das diversas** modalidades de tutela cautelar penal, **em ordem a preservar e proteger** os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular.

A jurisprudência que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta**, *em sua formulação*, **a uma verdadeira** agenda das liberdades, **cuja implementação** é legitimada pelo dever institucional, *que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República*.

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – **a de que todos se presumem inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado** – está consagrada **não só** nas Constituições democráticas **de inúmeros** países (**como** o Brasil), **mas, também**, como anteriormente assinalado, **em importantes declarações internacionais** de direitos humanos, **como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana** (1948), **a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do**

HC 126292 / SP

Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2000), a **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos** (1981), a **Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (1990), o **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a **Convenção Americana** de Direitos Humanos (1969).

Lembro-me de que, *no passado*, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado !!!

Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, *de que fui Relator* – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, **de demonstrar** a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, **veio a consagrar**, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, **estabeleceu**, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, como se vê da parte inicial de seu texto: “presume-se provada a acusação, *cabendo ao réu prova em contrário (...)*” (grifei).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal **tem sempre advertido** que as acusações penais não se presumem provadas, pois – *como tem reconhecido a jurisprudência da Corte* – o ônus da prova referente aos fatos constitutivos da imputação penal incumbe, exclusivamente, a quem acusa.

Isso significa que não compete ao réu demonstrar a sua própria inocência. Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma

HC 126292 / SP

inequívoca, em plenitude, **para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)**.

É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado.

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade.

HC 126292 / SP

É sempre importante advertir, na linha do magistério jurisprudencial e em respeito aos princípios estruturantes do regime democrático, que, *“Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal”* (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte ênfatiza, bem por isso, *com particular veemência*, que *“Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído”* (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Há, portanto, *segundo penso*, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus *como se culpados fossem*. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

HC 126292 / SP

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso **significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Enfatizo, por necessário, que o “*status poenalis*” **não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. **Essa opção** do legislador constituinte (**pelo reconhecimento** do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, *comum a todas as pessoas*, **de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente sentença transitada em julgado**.

Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, **no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se** o trânsito em julgado da condenação criminal, **demonstrando**, *à luz de dados estatísticos*, uma realidade **que torna necessário** respeitar-se a presunção de inocência.

Disse Vossa Excelência, então:

“(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os

HC 126292 / SP

parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.” (grifei)

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal **tem repellido**, por incompatíveis com esse direito fundamental, **restrições** de ordem jurídica **somente justificáveis** em face **da irrecorribilidade** de decisões judiciais.

Isso significa, portanto, que inquéritos policiais **em andamento**, processos penais **ainda** em curso **ou**, até mesmo, **condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem** ser considerados, **enquanto** episódios processuais **suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização** desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o **direito de ser presumido inocente até o trânsito** em julgado da condenação judicial) e **destacar-lhe** as origens históricas, **relembrando** – não obstante a sua consagração, **no século XVIII, como** um dos grandes postulados iluministas – **que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava** de certas presunções **então** formuladas (“innocens praesumitur cujus nocentia non probatur”, p. ex.), **valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia**, em benefício de quem era processado, **verdadeiro “favor rei”, que enfatizava, ainda de modo incipiente, essa ideia-força** que viria a assumir grande relevo **com a queda** do Ancien Régime.

Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso

HC 126292 / SP

ordenamento positivo a **preconizada** *execução antecipada* da condenação criminal, **não obstante** sujeita esta a impugnação *na via recursal excepcional* (RE e/ou REsp), **pelo fato** de a *Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação* da execução de sentença condenatória, *o seu necessário trânsito em julgado*.

Daí a regra inscrita **no art. 105** de referido diploma legislativo, **que condiciona** a execução da pena **privativa** de liberdade **à existência de trânsito em julgado** do título judicial condenatório:

“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.”
(grifei)

Idêntica exigência é também formulada **pelo art. 147** da LEP no que **concerne** à execução de penas **restritivas** de direitos:

“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.” (grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal **ou** de índole constitucional), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, *mesmo se se tratar de simples pena de multa*, pode ser implementada **sem a existência** do indispensável título judicial definitivo, **resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

Lamento, Senhores Ministros, **registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República**, essa preocupante **inflexão hermenêutica**, de perfil nitidamente conservador e regressista,

HC 126292 / SP

revelada em julgamento **que perigosamente parece desconsiderar** que a majestade da Constituição já poderá subordinar-se à potestade do Estado.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vên****ia para acompanhar**, integralmente, **na divergência**, os eminentes Ministros ROSA WEBER e MARCO AURÉLIO **e deferir** o pedido de “*habeas corpus*”, **mantendo**, em consequência, **o precedente** firmado no julgamento plenário **do HC** 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, **reafirmando**, assim, **a tese de que a execução prematura** (ou provisória) da sentença penal condenatória **antes** de consumado o seu trânsito em julgado **revela-se frontalmente incompatível** com o direito fundamental do réu, **assegurado pela própria Constituição da República** (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente.

É o meu voto.

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

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.

Na época, nesse meu longo voto que proferi, naquela oportunidade, naquela assentada, eu trouxe a lição de três eminentes professores, titulares da Universidade de São Paulo, de Processo Penal: a professora Ada Pellegrini Grinover, o professor Antônio Magalhães Filho e o professor Antônio Scarance Fernandes, que diziam o seguinte em um pequeno trecho:

Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela

HC 126292 / SP

defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar).

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.

Portanto, este é o ensinamento de três dos maiores processualistas penais de nosso país e que creio que ainda estão em vigor.

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.

Eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, e vou elaborar um pouco sobre esse argumento, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade. Interessante isto. Especulam os especialistas que se debruçam sobre o tema que isso talvez venha do Código Civil Napoleônico, de 1804, que consagrou o triunfo da burguesia, do estado liberal, e que deu início exatamente à economia

HC 126292 / SP

capitalista ou consolidou a revolução industrial, que, logo antes, havia, enfim, se iniciado do ponto de vista histórico, e isso teve uma repercussão no Direito Positivo. E o Código Civil Napoleônico foi o primeiro exemplo desta consubstanciação deste fenômeno histórico que então se processava. O Código Civil Napoleônico, todos nós sabemos, teve uma intensa repercussão no Código Civil brasileiro de 1916, elaborado, fundamentalmente, pelo grande jurista Clóvis Beviláqua, e vejo também, confirmando essa constatação dos historiadores, sociólogos, politólogos, esta prevalência ou esse valor maior que se dá à propriedade com relação à liberdade, isto se encontra refletido no próprio Código Penal brasileiro.

Eu estava aqui folheando alguns dispositivos penais, alguns tipos penais, e nós verificamos que ofensa à propriedade, o crime de furto, o crime de roubo são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa. O crime de furto e o crime de roubo são muitíssimo mais apenados ou apenados com penas bem maiores do que o crime de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. São penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá no que diz respeito à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta - e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com um certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Fux, um dos principais elaboradores do novo Código do Processo Civil -, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que:

"Art. 520.

(...)

IV. o levantamento de depósito em dinheiro" - vil metal - "e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de

HC 126292 / SP

propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos".

E vem aquilo ao qual o Ministro Marco Aurélio aludiu, diz o art. 520, II:

"Art. 520.

(...)

II. fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução" - claro, a transferência do bem, a propriedade - "restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos".

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas o Estado está muito bem financeiramente, poderá indenizar o inocente colocado, por erro Judiciário, atrás das grades.

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

HC 126292 / SP

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 acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, só pela ordem, rapidamente. Nós temos verificado nas Turmas que esse número de presos representa presos, provisoriamente, em razão de prisão provisória ou preventiva.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, as Turmas têm se conscientizado disso, nós temos imposto medidas restritivas em substituição a essas penas provisórias.

Então, no meu modo de ver, o que vai ocorrer, diante dessa

HC 126292 / SP

modificação da jurisprudência do Supremo, vai ser a liberação de quem está injustamente preso, provisoriamente ou preventivamente, e o recolhimento daqueles que foram condenados em segundo grau; sai um, entra outro, eu acho que vai ser mais ou menos isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é. É verdade.

Vossa Excelência me permite - é claro, eu não quero ser jocoso, nem irônico -, nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau.

Mas eu acho que a Suprema Corte chegou a uma decisão. Todos os argumentos foram extremamente muito bem fundamentados. O Ministro Teori Zavascki, como sempre, nos brindou com um belíssimo e profundíssimo voto, atento à realidade brasileira que se caracteriza por uma crescente criminalidade, seja ela urbana e rural.

Mas, então, eu peço vênia, mesmo diante desses argumentos muito sólidos, para manter a minha posição e, acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do eminente Ministro Decano Celso de Mello, conceder a ordem.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 126.292

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) : MARCIO RODRIGUES DANTAS

IMPTE.(S) : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, afetou o julgamento do feito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, por indicação do Ministro Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 15.12.2015.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário