

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. EROS GRAU**
PACIENTE(S) : **OMAR COELHO VITOR**
IMPETRANTE(S) : **OMAR COELHO VITOR**
ADVOGADO(A/S) : **JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E**
OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : **LUÍS ALEXANDRE RASSI**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade,



HC 84.078 / MG

quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual

Ordem concedida.



HC 84.078 / MG

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009.


EROS GRAU

-

RELATOR

26/10/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU
PACIENTE(S) : OMAR COELHO VITOR
IMPETRANTE(S) : OMAR COELHO VITOR
ADVOGADO(A/S) : JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E
OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ALEXANDRE RASSI
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Trata-se de pedido habeas-corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, em que se atribui ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciado na denegação de *habeas corpus* cuja ementa tem o seguinte teor:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.
Ordem denegada."

2. O paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio

HC 84.078 / MG

privilegiado e o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime **integralmente** fechado, posteriormente corrigido para o **inicialmente** fechado pelo TJ/MG, no julgamento da apelação da defesa.

3. Esta interpôs recursos extraordinário e especial; este último foi admitido pelo Presidente do Tribunal estadual.

4. O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial porque o paciente é "... renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispendo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda, ajustando leilão para o próximo dia 22/09/2001, onde propõe a 'Liquidação Total do Rebanho Holandês', bem como de 'Máquinas Agrícolas e Equipamentos de Leite'"; daí que "... pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão".

5. A prisão preventiva foi decretada em decisão do seguinte teor:

"Acolho as ponderações da douta Procuradoria de Justiça, constantes de fls. 835/837, determinando que se expeça competente mandado de prisão em desfavor do réu OMAR VITOR COELHO."

6. O impetrante alega que o móvel deste writ é a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar; não a possibilidade



da execução da sentença pendente de recurso sem efeito suspensivo, no caso o Resp, tal como reconhecido pelo Ministro Fontes de Alencar ao julgar a medida cautelar que antecedeu o habeas-corpus impetrado naquela Corte. Em outras palavras, o que se questiona é se há base empírica para manter a prisão preventiva fundada na garantia da aplicação da lei penal; não a execução prematura da sentença condenatória, que deve ser afastada, sob pena de afronta ao princípio da inocência presumida.

7. Restrita a tese à inaptidão do fundamento para a prisão excepcional, o impetrante diz ser falsa a base concreta afirmada pelo Ministério Público estadual, eis que a intenção do paciente quando anunciou a liquidação de seus bens foi a de mudar de ramo, não a de furtar-se à aplicação da lei penal, conforme se pode inferir dos documentos comprobatórios dos gastos efetuados no exercício da nova atividade.

8. Requer a concessão de liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva, com a expedição de salvo-conduto. No mérito, pugna pelo deferimento do writ, confirmando-se a cautelar.

9. O Ministro Nelson Jobim reconsiderou a decisão pela qual indeferira a liminar, concedendo-a (fls. 320/324)

10. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pela denegação da ordem (fls. 339/344).

É o relatório.



26/10/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator): A base empírica de sustentação da prisão preventiva --- receio de frustração da aplicação da lei penal --- foi rechaçada pelo Ministro Nelson Jobim, então relator. S. Excia. considerou a circunstância de o paciente ter alienado determinados bens a fim de adquirir equipamentos e insumos necessários ao desenvolvimento de nova atividade econômica.

2. Afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena.

3. Após votar pela denegação da ordem, na linha da jurisprudência da Corte, que afirma a inexistência de óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, a Turma deliberou afetar a matéria ao Pleno.

4. Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.

5. O artigo 637 do Código de Processo Penal --- decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941 --- estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo



recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença"¹.

6. A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105²), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147³). Dispõe ainda, em seu artigo 164⁴, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial.

7. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5^o, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

8. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.

9. No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução

¹ Exatamente esta é a redação do texto normativo; transcrevo-a entre aspas.

² 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.

³ Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a 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.

⁴ Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

HC 84.078 / MG

Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:

"AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs."

(HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

Ordem concedida."

(HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

"EMENTA 'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente."

(HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

10. No mesmo sentido, os HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda

HC 84.078 / MG

Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006.

11. Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que



alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

13. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁵, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva"⁶.

14. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

15. Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de "garantismo", na década de 80 [em 1.984, precisamente --- com a

⁵ Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., RT, São Paulo, 2.004, p. 281. Do mesmo autor, Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33 (ano 9), págs. 250-251.

⁶ No mesmo sentido, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1.992, vol. 1, p. 63. "[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela".

reforma penal --- e em 1.988, na Constituição do Brasil] e a produção, na década de 90, de preceitos penais e processuais penais marcados, na dicção de ALEXANDRE WUNDERLICH⁷, "pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas".

16. O modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1.984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1.988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o "enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória".

17. Esse quadro foi alterado no advento da Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial "serão recebidos no efeito devolutivo". A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a "lei

⁷ Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada, in Crítica à execução penal, [org. Salo de Carvalho], Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2.002, pág. 510.

HC 84.078 / MG

dos crimes hediondos", alterada em 1.994 e em 1.998⁸. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente"⁹. Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como "estirpe dos torpes delinqüentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem"¹⁰.

18. O casuísmo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei n. 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante seqüestro, notadamente os casos *Abílio Diniz*, em São Paulo, e *Roberto Medina*, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa. A crítica de ALBERTO SILVA FRANCO¹¹ ao primeiro aplica-se ao segundo: "É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90". A produção legislativa penal e processual penal dos

⁸ Leis ns. 8.930/94 e 9.677/98.

⁹ O salão dos passos perdidos, 3ª impressão, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.997, pág. 219.

¹⁰ Meu Do ofício de orador, 2ª edição, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2.006, pág. 72.

¹¹ Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 98/99.

anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética --- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

19. A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva 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 se '*hurlent de se trouver ensemble*'. Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1.988, da "antecipação provisória do cumprimento da pena". Aqui, mais do

que diante de um princípio explícito de direito¹², 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.

20. Não será certamente demasiada, no entanto, a lembrança do quanto observa o Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, meu colega também na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inc. LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade - e mesmo dos atores jurídicos - em face daqueles que se vêem envolvidos

¹² Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª edição, Malheiros Editores, 2.006, págs. 141 e ss.



com o aparato judiciário-criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória"¹³. E, mais, diz ainda ele em outro texto: "... não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada"¹⁴. A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota SIDNEI AGOSTINHO BENETI, "porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória"¹⁵. E diz FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁶: "se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (art. 105 da Lei de Execução Penal); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento". "A prisão --- prossegue --- ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória trânsita em julgado; esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei e desde que necessária (...)"

¹³ *Significados da Presunção de Inocência*, in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação de JOSÉ DE FARIA COSTA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2.006, pág. 326.

¹⁴ *Presunção de inocência e prisão cautelar*, Saraiva, São Paulo, 1.991, pág. 86.

¹⁵ Citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, cit., pág. 283.

¹⁶ *Código de Processo Penal Comentado*, 9ª. ed., revista, aumentada e atualizada, Saraiva, 2.005, págs. 465/466.



21. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

22. Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode **generalizar** o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso --- diz o argumento --- porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade *inventada*, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele consegue evitar a execução. Situações como estas consubstanciarium um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora -- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebentando a espinha e a cabeça de

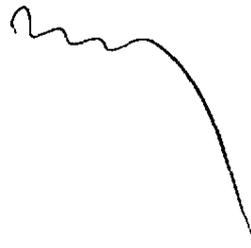
quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

23. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

25. Devo manifestar, por fim, certeza e absoluta segurança em que esta Corte prestará o devido acatamento à Constituição. E faço referência, a propósito, não apenas a decisões atinentes à afirmação da liberdade, mas a outra, bem recente, de 7 de novembro de 2.007. Desejo aludir ao RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]. Decidiu-se então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada

importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988. Afirmção unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção. Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Concedo a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 84.078-7

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU

PACTE.(S): OMAR COELHO VITOR

IMPTE.(S): OMAR COELHO VITOR

ADV.(A/S): JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Eros Grau, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus** e cassando a liminar concedida, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. Falou pelo paciente o Dr. João Eduardo de Drumond Verano. 1ª Turma, 26.10.2004.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha.


Ricardo Dias Duarte

Coordenador

24/11/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISPROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, trata-se de **habeas corpus** impetrado em causa própria por Omar Coelho Vitor, já condenado à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado por tentativa de homicídio qualificado, art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso III, alíneas "c" e "d", ambos do CP.

Após substancioso voto denegatório proferido pelo eminente Ministro Eros Grau, Relator, pedi vista para examinar melhor as alegações do paciente.

Colhe-se dos autos que a tese central sob exame consiste na possibilidade ou não de se expedir mandado de prisão contra o acusado nas hipóteses em que a sentença condenatória já apreciada por tribunal de segunda instância estiver sendo impugnada por recurso de natureza excepcional. Como se sabe, esses recursos não se revestem de eficácia suspensiva.

Quando da análise da causa, no entanto, observei que a jurisprudência desta Suprema Corte de Justiça, em sua nova composição, não é uniforme sobre o tema. Há decisões proferidas por esta colenda Primeira Turma no sentido de que a prisão do réu só é

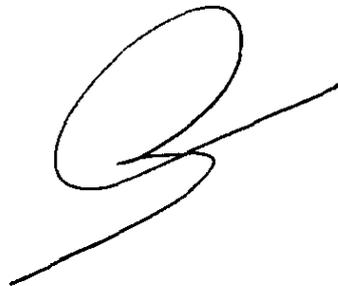


HC 84.078 / MG

possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, assim como há julgados provenientes da colenda Segunda Turma que entendem que os recursos especial e extraordinário nem por se privarem de efeito suspensivo, deixam de viabilizar a imediata prisão do condenado. Ou seja, as duas Turmas dissentem quanto à interpretação do art. 312 do CPP.

Desse modo, Sr. Presidente, tendo em consideração a relevância do tema e a nova composição desta nossa Casa de Justiça, entendo recomendável seja o presente feito encaminhado ao Plenário da Corte para que seja dada solução definitiva à controvérsia.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a horizontal line extending to the right.

24/11/2004**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, já não tivemos vários precedentes?

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Quanto a este campo, ponto específico do acórdão, em que só recorrível extraordinariamente, claro que está tudo dentro da abrangência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É. Temos concedido cautelares para esse efeito de aguardar decisão do Plenário. Concedemos uma cautelar de ofício, enquanto se aguarda a decisão do Plenário.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - No caso, não há nenhuma fundamentação cautelar?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não.



HC 84.078 / MG

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência insiste em remessa ao Pleno?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim, porque é chegada a hora de remeter ao Pleno essa matéria de uma vez por todas. As duas Turmas dissentem e o fazem reiteradamente.

24/11/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Para Vossa Excelência não ficar muito preocupado, esclareço que temos jurisprudência segundo a qual, em embargos de declaração desse tipo, se deve mandar cumprir a decisão embargada, independentemente de novos embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Naturalmente estou usando uma figura de retórica.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Há uma proposta de remessa ao Pleno, e o Ministro Cezar Peluso propõe a concessão da cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A matéria está pendente?

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Esta, especificamente, não. O que está pendente é a apelação em liberdade.

HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Onde está a diferença substancial que Vossa Excelência vê? Na verdade, eles estão aplicando a Súmula nº 267 do STJ.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O grande argumento da corrente, até aqui majoritária, é o de que, não sendo providos os efeitos suspensivos, os recursos não suspendem a prisão. Não é o caso da apelação que é provida de efeito suspensivo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas naquele caso, no Plenário.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE
(PRESIDENTE) - Mas o art. 594 é o que determina.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Então, estamos com os dois casos: com o 594 e com o outro.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE
(PRESIDENTE) - E com o das leis especiais; todos sobre apelação em liberdade.

HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, o 594;
o outro é sobre apelação também?

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE
(PRESIDENTE) - É da lei especial, da lei dos crimes
organizados.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente,
as duas normas específicas.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE
(PRESIDENTE) - Sobre o acórdão sujeito a recursos especial e
extraordinário, não há especificamente nada no Pleno.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mantenho meu
voto.



PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 84.078-7**

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU

PACTE.(S): OMAR COELHO VITOR

IMPTE.(S): OMAR COELHO VITOR

ADV.(A/S): JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Eros Grau, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus** e cassando a liminar concedida, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. Falou pelo paciente o Dr. João Eduardo de Drumond Verano. 1ª Turma, 26.10.2004.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria de votos, decidiu remeter o presente pedido de **habeas corpus** a julgamento do Tribunal Pleno; vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau, Relator. 1ª. Turma, 24.11.2004.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Compareceram a Ministra Ellen Grace e o Ministro Joaquim Barbosa para julgamento de processos a eles vinculados.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador

09/04/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU
PACIENTE(S) : OMAR COELHO VITOR
IMPETRANTE(S) : OMAR COELHO VITOR
ADVOGADO(A/S) : JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E
OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ALEXANDRE RASSI
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Trata-se de pedido habeas-corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, em que se atribui ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciado na denegação de *habeas corpus* cuja ementa tem o seguinte teor:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.
Ordem denegada."

2. O paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio privilegiado e o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de



reclusão. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime **integralmente** fechado, posteriormente corrigido para o **inicialmente** fechado pelo TJ/MG, no julgamento da apelação da defesa.

3. Esta interpôs recursos extraordinário e especial; este último foi admitido pelo Presidente do Tribunal estadual.

4. O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial porque o paciente é "... renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda, ajustando leilão para o próximo dia 22/09/2001, onde propõe a 'Liquidação Total do Rebanho Holandês', bem como de 'Máquinas Agrícolas e Equipamentos de Leite'"; daí que "... pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão".

5. A prisão preventiva foi decretada em decisão do seguinte teor:

"Acolho as ponderações da douta Procuradoria de Justiça, constantes de fls. 835/837, determinando que se expeça competente mandado de prisão em desfavor do réu OMAR VITOR COELHO."

6. O impetrante alega que o móvel deste writ é a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar; não a possibilidade da execução da sentença pendente de recurso sem efeito suspensivo,



HC 84.078 / MG

no caso o Resp, tal como reconhecido pelo Ministro Fontes de Alencar ao julgar a medida cautelar que antecedeu o habeas-corpus impetrado naquela Corte. Em outras palavras, o que se questiona é se há base empírica para manter a prisão preventiva fundada na garantia da aplicação da lei penal; não a execução prematura da sentença condenatória, que deve ser afastada, sob pena de afronta ao princípio da inocência presumida.

7. Restrita a tese à inaptidão do fundamento para a prisão excepcional, o impetrante diz ser falsa a base concreta afirmada pelo Ministério Público estadual, eis que a intenção do paciente quando anunciou a liquidação de seus bens foi a de mudar de ramo, não a de furtar-se à aplicação da lei penal, conforme se pode inferir dos documentos comprobatórios dos gastos efetuados no exercício da nova atividade.

8. Requer a concessão de liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva, com a expedição de salvo-conduto. No mérito, pugna pelo deferimento do writ, confirmando-se a cautelar.

9. O Ministro Nelson Jobim reconsiderou a decisão pela qual indeferira a liminar, concedendo-a (fls. 320/324)

10. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pela denegação da ordem (fls. 339/344).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator): A base empírica de sustentação da prisão preventiva --- receio de frustração da aplicação da lei penal --- foi rechaçada pelo Ministro Nelson Jobim, então relator. S. Excia. considerou a circunstância de o paciente ter alienado determinados bens a fim de adquirir equipamentos e insumos necessários ao desenvolvimento de nova atividade econômica.

2. Afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena.

3. Após votar pela denegação da ordem, na linha da jurisprudência da Corte, que afirma a inexistência de óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, a Turma deliberou afetar a matéria ao Pleno.

4. Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.

5. O artigo 637 do Código de Processo Penal --- decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941 --- estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença"¹.



¹ Exatamente esta é a redação do texto normativo; transcrevo-a entre aspas.

HC 84.078 / MG

6. A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105²), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147³). Dispõe ainda, em seu artigo 164⁴, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial.

7. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

8. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.

9. No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:

² 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.

³ Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a 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.

⁴ Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

HC 84.078 / MG

"AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs."

(HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

Ordem concedida."

(HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

"EMENTA 'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente."

(HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

10. No mesmo sentido, os HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006.

HC 84.078 / MG

11. Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

HC 84.078 / MG

13. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁵, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva"⁶.

14. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

15. Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de "garantismo", na década de 80 [em 1.984, precisamente --- com a reforma penal --- e em 1.988, na Constituição do Brasil] e a produção, na década de 90, de preceitos penais e processuais penais

⁵ Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., RT, São Paulo, 2.004, p. 281. Do mesmo autor, Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33 (ano 9), págs. 250-251.

⁶ No mesmo sentido, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1.992, vol. 1, p. 63. "[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela".

HC 84.078 / MG

marcados, na dicção de ALEXANDRE WUNDERLICH⁷, "pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas".

16. O modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1.984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1.988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o "enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória".

17. Esse quadro foi alterado no advento da Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial "serão recebidos no efeito devolutivo". A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a "lei dos crimes hediondos", alterada em 1.994 e em 1.998⁸. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos

⁷ *Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada*, in Crítica à execução penal, [org. Salo de Carvalho], Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2.002, pág. 510.

⁸ Leis ns. 8.930/94 e 9.677/98.

HC 84.078 / MG

"crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente"⁹. Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como "estirpe dos torpes delinqüentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem"¹⁰.

18. O casuísmo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei n. 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante seqüestro, notadamente os casos *Abílio Diniz*, em São Paulo, e *Roberto Medina*, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa. A crítica de ALBERTO SILVA FRANCO¹¹ ao primeiro aplica-se ao segundo: "É mister, portanto, que se denuncie com eloqüência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90". A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-

⁹ O salão dos passos perdidos, 3ª impressão, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.997, pág. 219.

¹⁰ Meu Do ofício de orador, 2ª edição, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2.006, pág. 72.

¹¹ Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 98/99.



se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética --- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

19. A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva 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 se *'hurlent de se trouver ensemble'*". Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1.988, da "antecipação provisória do cumprimento da pena". Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito¹², estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição.

¹² Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª edição, Malheiros Editores, 2.006, págs. 141 e ss.



HC 84.078 / MG

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 expreso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.

20. Não será certamente demasiada, no entanto, a lembrança do quanto observa o Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, meu colega também na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: “[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inc. LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade - e mesmo dos atores jurídicos - em face daqueles que se vêem envolvidos com o aparato judiciário-criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira *garantia* de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado de sentença

HC 84.078 / MG

condenatória"¹³. E, mais, diz ainda ele em outro texto: "... não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada"¹⁴. A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota SIDNEI AGOSTINHO BENETI, "porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória"¹⁵. E diz FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁶: "se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (art. 105 da Lei de Execução Penal); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento". "A prisão --- prossegue --- ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória trânsita em julgado; esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei e desde que necessária (...)"

21. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A

¹³ Significados da Presunção de Inocência, in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, coordenação de JOSÉ DE FÁRIA COSTA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2.006, pág. 326.

¹⁴ Presunção de inocência e prisão cautelar, Saraiva, São Paulo, 1.991, pág. 86.

¹⁵ Citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, cit., pág. 283.

¹⁶ Código de Processo Penal Comentado, 9ª. ed., revista, aumentada e atualizada, Saraiva, 2.005, págs. 465/466.

HC 84.078 / MG

prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

22. Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode **generalizar** o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso --- diz o argumento --- porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade *inventada*, apenas para retardar o andamento da execução e *alcançar* a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele *consegue* evitar a execução. Situações como estas consubstanciariam um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora -- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual,

HC 84.078 / MG

evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

23. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

25. Devo manifestar, por fim, certeza e absoluta segurança em que esta Corte prestará o devido acatamento à Constituição. E faço referência, a propósito, não apenas a decisões atinentes à afirmação da liberdade, mas a outra, bem recente, de 7 de novembro de 2.007. Desejo aludir ao RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]. Decidiu-se então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei

HC 84.078 / MG

estadual pela Constituição de 1.988. Afirmção unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção. Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Concedo a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.



09/04/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

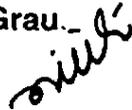
VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, como disse o Ministro **Eros Grau**, o tema é de grande relevância, que tem perpassado esta Corte ao longo do tempo e, já agora, instalando-se divergência entre a Primeira e a Segunda Turma.

Anoto, Senhor Presidente, haver precedente recentíssimo da Primeira Turma, de que fui Relator, em sentido contrário ao brilhantíssimo voto proferido pelo Ministro **Eros Grau**. Ou seja, numa palavra, ainda recentemente, a Primeira Turma reiterou entendimento em sentido contrário àquele pronunciado na sessão de hoje, de forma lapidar, pelo Ministro **Eros Grau**. O argumento que Sua Excelência traz é relevantíssimo.

Daí, Senhor Presidente, peço vista dos autos para melhor refletir sobre os argumentos, considerando, especificamente, a circunstância de que fui eu o Relator de precedente da Primeira Turma em sentido contrário ao brilhantíssimo voto proferido pelo Ministro **Eros Grau**.



09/04/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, começo por cumprimentar o Ministro Eros Grau pela prolação de um voto que tenho como antológico, magnífico, de belíssima feitura, e, talvez, rasgando um novo horizonte em favor do estatuto constitucional da liberdade de locomoção. Mas fico confortado, também, intelectualmente, com o pedido de vista do Ministro Menezes Direito, porque se trata de um tema que demanda mesmo uma detida reflexão.

Porém, permito-me divergir um pouco de Sua Excelência o Ministro Menezes Direito quanto à leitura que ele faz das decisões que estão sendo tomadas pela Primeira Turma. A meu ver, ela não fechou questão em torno da idéia de que a não-suspensividade dos efeitos, dos recursos excepcionais, já opera como um título de legitimação da execução antecipada, da execução provisória de eventual sentença penal condenatória.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Vossa Excelência me permite um esclarecimento?

Veja bem. Eu falei e reitero que o precedente recente da Primeira Turma, da minha relatoria, foi em sentido exatamente



HC 84.078 / MG

contrário ao voto proferido pelo Ministro **Eros Grau**. Isso está no **Habeas Corpus** nº 90.645, publicado no Diário da Justiça de 14/11/07. E, na ocasião, Vossa Excelência e o eminente Ministro **Marco Aurélio** ficaram vencidos.

Portanto, apenas para esclarecer que estou afirmando que precedente recentíssimo da Primeira Turma acolheu outra orientação.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência pode citar o HC, por favor?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Claro, com muito prazer. É o HC nº 90.645, de Pernambuco, em que eu fiquei como Relator para o acórdão, e que foi publicado no Diário da Justiça de 14/11/07.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Realmente, nesse HC, eu fui voto vencido na honrosa companhia do Ministro Marco Aurélio.

Mas eu, ainda assim, Excelência, insisto na opinião de que, quando, por exemplo, o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia votam no sentido coincidente com o pensar sempre lúcido de Vossa Excelência, eles o fazem em atenção às peculiaridades do caso - quero crer que sim -, e não por adesão incondicional à tese de que a não-suspensividade dos efeitos dos recursos excepcionais já opera como um título de legitimação da execução antecipada da pena.

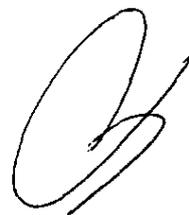


HC 84.078 / MG

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Peço licença a Vossa Excelência, mais uma vez, à sua paciência, que é sempre tão grande, para insistir que, nesse precedente a que me refiro, a ementa, até mesmo por uma questão de cautela, reproduz exatamente o que foi dito na Corte. Quer dizer, o entendimento em sentido contrário de que, sim, seria possível a prisão antes de completar o curso, o recurso especial ou o extraordinário. Ou seja, naquele momento, pelo menos, acolheu-se essa tese. E essa é a razão pela qual, diante dos brilhantíssimos argumentos trazidos pelo Ministro **Eros Grau**, que eu me permiti pedir vista dos autos. Fosse diferente, eu, pura e simplesmente, teria seguido o precedente da minha própria relatoria.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, estou esclarecido, já fiz as ressalvas que tinha de fazer. Muito obrigado.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 84.078-7**

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU

PACTE. (S): OMAR COELHO VITOR

IMPTE. (S): OMAR COELHO VITOR

ADV. (A/S): JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E OUTRO(A/S)

ADV. (A/S): LUÍS ALEXANDRE RASSI

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Eros Grau, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus** e cassando a liminar concedida, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. Falou pelo paciente o Dr. João Eduardo de Drumond Verano. 1ª Turma, 26.10.2004.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria de votos, decidiu remeter o presente pedido de **habeas corpus** a julgamento do Tribunal Pleno; vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau, Relator. 1ª Turma, 24.11.2004.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Cezar Peluso. Falou pelo paciente o Dr. Luís Alexandre Rassi e, pelo Ministério Público Federal o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 09.04.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**VOTO - VISTA****O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Habeas corpus impetrado por Omar Coelho Vitor contra acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa foi assim lavrada:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

*É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não culpabilidade não inibe a constrição do **status libertatis** do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ.*

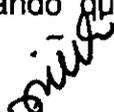
Ordem denegada."

O paciente foi condenado a sete anos e seis meses de reclusão pela prática do crime de homicídio tentado, com agravantes, pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos, Minas Gerais, decisão que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça daquele estado. Foi retificada apenas a parte dispositiva no que concerne ao regime de cumprimento da pena, para fixar o regime inicialmente fechado descartando a vedação legal prevista no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. O ora impetrante permaneceu em liberdade durante todo o curso do processo.

Interposto o recurso especial, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais requereu a prisão do paciente, o que foi acolhido pelo Tribunal de Justiça. Daí o **habeas corpus** impetrado ao Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem, não obstante a liminar concedida (fl. 160), foi ao final denegada.

O presente **habeas corpus** foi distribuído originariamente para o Ministro **Nelson Jobim**, que, reconsiderando uma primeira decisão, deferiu a liminar por entender não estar mais presente o receio de evasão do impetrante.

Na sessão de 9/4/2008, votou o eminente Ministro **Eros Grau** pela concessão da ordem, considerando que, diante do que dispõe o art. 5º, LVII, da



HC 84.078 / MG

Constituição da República, não é admissível a execução da pena cominada pela sentença ou acórdão antes do trânsito em julgado da decisão.

Pedi vista para melhor estudar os relevantes argumentos deduzidos pelo Ministro **Eros Grau** em seu brilhante voto, examinando-os em conjunto com a antiga jurisprudência desta Corte, que já tive a oportunidade de acompanhar.

Inicialmente devo registrar que o decreto de prisão ora atacado resultou de promoção do Ministério Público do Estado de Minas Gerais cujos fundamentos englobavam, ao lado daquele relativo à execução provisória da pena, uma possível evasão do ora impetrante e a conseqüente frustração da aplicação da lei penal. Diz o pedido:

“O Sentenciado, inconformado com o desate de seu pleito em segundo grau, lançou mão dos recursos excepcionais, dirigindo-os, respectivamente, ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Os apelos já foram contrariados, certificando-se a ausência de manifestação do Assistente do Ministério Público, conforme documento em anexo.

*Todavia, o Sentenciado é renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda, ajustando leilão para o próximo dia 22.09.2001, onde propõe a ‘**Liquidação Total do Rebanho Holandês**’, bem como de ‘**Máquinas Agrícolas e Equipamentos de Leite**’. Pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão.*

Não fosse isso, é de amplo conhecimento que os recursos excepcionais não estão sujeitos ao efeito suspensivo, havendo de ser cumprido o acórdão prolatado em grau de apelação, até que, eventualmente a outra conclusão cheguem os Tribunais Superiores.

(...)

Ainda não houve a expedição do competente mandado de prisão, não havendo, igualmente, informação de que os recursos estejam conclusos para recebimento ou não dos apelos raros. Nada obstante, essa última providência é despicienda para o fim que se almeja, qual seja, o integral cumprimento do acórdão proferido, de vez que se encontra ele hábil a produzir suas necessárias conseqüências jurídicas. Havendo de ser considerado que a manifestação sobre o recebimento ou não dos recursos não pode ter o condão de obstar o cumprimento da decisão da Corte.

Isto posto, requer o Ministério Público, diante da possibilidade de se frustrar a aplicação da lei penal, com uma tardia decretação da prisão decorrente da execução da pena, bem como da inexistência de efeito suspensivo aos recursos constitucionais agitados,

HC 84.078 / MG

que seja expedido o competente mandado de prisão" (fls. 62 a 64 - grifos originais).

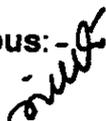
A prisão foi determinada em curto despacho acolhendo as ponderações do Ministério Público, o que engloba a parte relativa à execução provisória da pena diante da ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais (fl. 29).

O exame do decreto prisional em termos de uma exclusiva execução provisória da pena foi inaugurado no Superior Tribunal de Justiça em atenção à manifestação do Ministério Público com atribuição junto àquele Tribunal Superior, que não considerou a natureza cautelar da prisão (cópia em fls. 166 a 171). De fato, entendeu o Ministério Público que *"em decorrência do julgamento do recurso de apelação é que está sendo agora decretada a sua prisão, sendo, inclusive, efeito este da sentença penal condenatória"* (fl. 168), nos termos do art. 393, I, do Código de Processo Penal. Antes disso, porém, não se discutia exclusivamente em termos de uma execução provisória da pena.

Já neste processo, verifica-se que a decisão proferida pelo eminente Ministro **Nelson Jobim** (fls. 320 a 324) também não alude à execução antecipada da pena. Pelo contrário, ao iniciar sua fundamentação, ele estatui: *"A principal premissa do pedido de prisão do Ministério Público de Minas Gerais foi a suspeita de que o paciente estaria vendendo seu patrimônio para se esquivar da persecução penal"* (fl. 322). A manifestação final do impetrante também rejeita a natureza executória da pena (fls. 371 a 379). A leitura do acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça revela que a impetração se fez considerando a existência de constrangimento ilegal, porque, determinada *"antes do trânsito em julgado, a prisão do paciente, desprovida, no entanto, de qualquer fundamentação legal, mesmo porque não se evidencia qualquer motivo que enseje sua prisão"* (fl. 200).

A petição de **habeas corpus** dirigida ao Superior Tribunal de Justiça procura mostrar que não se sabia *"se o paciente tinha em seu desfavor mandado de prisão preventiva ou definitiva"* (fl. 21), daí a utilização da medida cautelar, que foi indeferida. Por isso é que insistem em atacar no **habeas** a prisão cautelar.

Em verdade, talvez até mesmo pelo receio de se insurgir contra entendimento até então consolidado na jurisprudência desta Corte, o impetrante não reconheceu essa natureza à prisão decretada, conforme se extrai da inicial do presente **habeas corpus**: -



HC 84.078 / MG

“(...)

Após este despacho e antes de sua publicação foi explicitado pelo Ministro que a negativa se deu em razão de entender não ser o título encarceratório oriundo de execução penal e sim tratar-se de um decreto de prisão preventiva. Tanto assim, que em sede de habeas corpus, o então Relator deferiu a liminar outrora e em outra medida requerida:

I – defiro a providência liminar pretendida e o faço para sustar o decreto de prisão do paciente exarado pelo Exm^o Sr. Des. Presidente da 1^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, devendo perdurar o sobrestamento até a decisão definitiva do presente.

II – Ao Ministério Público’.

Somente depois de deferida a liminar foi publicada a decisão da Medida Cautelar.

Da decisão na medida cautelar inexistia sucumbência, posto que quando ficou consignado que a medida seria inaplicável porquanto a natureza da prisão era cautelar. Ou seja, incabível medida cautelar porque não se tratava de impingir efeito suspensivo a recurso especial e sim de decreto de prisão preventivo.

Esta decisão transitou em julgado, ou seja, o entendimento do Tribunal é que a prisão decretada ao paciente não é oriunda de execução provisória da pena.

Inovando acerca da matéria julgada, o Ministro José Arnaldo julgou o feito com se versasse a prisão sobre efeito suspensivo. Porém anterior decisão já havia falado o contrário.

Não há lógica em reformar in pejus por decisão de habeas corpus decisão já transitada em julgado” (fls. 6/7 - grifos originais).

Contudo, a apreciação da questão em termos de uma execução da pena, induzida pela dubiedade da promoção do Ministério Público de Minas Gerais, foi consolidada a partir da manifestação do Ministério Público com atribuição no Superior Tribunal de Justiça e acabou chancelada no acórdão de lavra do eminente Ministro **José Arnaldo da Fonseca**.

O inconformismo do impetrante neste **habeas corpus** decorre dessa alegada modificação no parâmetro de apreciação da prisão decretada que, para ele, significaria até mesmo **reformatio in pejus**.

A conjugação dos argumentos deduzidos pelo impetrante para atacar o decreto de prisão com as razões do Ministério Público de Minas Gerais, aliadas aos elementos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, não dispensa o

HC 84.078 / MG

desafio sobre a natureza de execução da pena, considerando a decretação inaugural antes referida que acolheu as ponderações do Ministério Público.

Resta, portanto, examinar a questão como posta pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a pertinência da execução da pena antes do julgamento dos recursos excepcionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitiu historicamente o recolhimento à prisão do acusado condenado à pena privativa de liberdade por decisão sujeita apenas aos recursos excepcionais. É verdade que esse entendimento tem sido objeto de questionamento nos últimos tempos.

Mesmo assim, não vejo motivo para afastar-me da orientação histórica desta Suprema Corte, com a qual compartilho com as razões que a seguir deduzo.

Não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe. A norma "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*" não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados. Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não suspendendo a execução.

A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção da inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória.

Não se diga que isso acarretaria qualquer lesão ao sistema jurídico de proteção do cidadão subordinado ao processo penal. Não, porquanto seria possível

HC 84.078 / MG

sempre obter-se a suspensão da execução pelos amplos meio de defesa que nosso sistema processual confere aos réus.

A ordem de prisão contida na sentença ou no acórdão é uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. É, aliás, em princípio, a mais e melhor fundamentada ordem de prisão emanada de uma autoridade judiciária, porquanto supõe o exame aprofundado das provas produzidas.

É comum que se diga que a prisão cautelar não se choca com o princípio da inocência constante do já mencionado inciso LVII porque tem em vista a garantia da persecução criminal, sendo a prisão cautelar um meio de assegurar o bom resultado do processo. Nessa linha, admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (e é inevitável fazê-lo após o que dispôs o constituinte dos oitenta) e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão. Admite-se a violação do que se entende por um "*princípio da inviolabilidade da liberdade antes do trânsito em julgado*" com base em um juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, mas não se admite esse cenário com base em uma cognição plena e exhaustiva realizada nas instâncias ordinárias.

Nesse sentido, bem disse acórdão da Primeira Turma, de que Relator o Ministro **Celso de Mello**, que o "*princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico à imediata decretação da prisão do acusado, ainda que se revele passível de impugnação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão de Tribunal inferior que impôs condenação penal ao paciente*". E ainda assinalou nosso Decano que o "*direito de recorrer em liberdade – que pode ser eventualmente reconhecido em sede de apelação criminal – não se estende aos recursos de índole extraordinária, posto que não dispõem estes, nos termos da lei, consoante já ressaltado, de efeito suspensivo das conseqüências jurídicas que decorrem do acórdão veiculador da condenação penal*" (HC nº 72.102/MG, DJ de 20/4/95).

Diga-se ainda que o Pleno desta Suprema Corte acolheu esse entendimento já sob o regime constitucional de 1988, lembrando diversos precedentes com o mesmo norte (HC nº 69.964/RJ, Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 1º/7/93).

HC 84.078 / MG

Tenha-se presente, também, precedente da Primeira Turma, de que Relator o Ministro **Celso de Mello** (HC nº 72.610/MG, DJ de 6/9/96) em que se assentou que o "*Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção ao status libertatis do réu (Artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Plenº*", registrando a ementa, ainda, que a "*Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade*".

Os princípios, segundo está no magistério de Dworkin, não seguem a idéia do "tudo ou nada"; ora se aplicam, ora não (Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978. pág. 24). Mas isso não quer dizer que possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito. Não é possível dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado ora viola ora não viola o princípio da inocência. Lembre-se que, segundo Robert Alexy (Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. pág. 105 a 107), os princípios nos dão critérios para tomar uma posição diante de situações concretas indeterminadas. Ocorre que se essas situações são as mesmas, a posição tomada não pode ser variável. Nessa discussão, não vejo diferença entre a prisão em decorrência de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal. Ambas envolvem a privação da liberdade do acusado e, a se erigir a norma do art. 5º, LVII, em uma absoluta aplicação da presunção de inocência, ambas não deixariam de constituir a sua violação.

Se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é. E é essa a exegese que se extrai, pelo menos na minha avaliação e na histórica jurisprudência desta Suprema Corte, do sistema instituído na Constituição da República.

Assim, considerando que na forma do parágrafo segundo do art. 27 da Lei nº 8.038/90 os recursos especial e extraordinário não têm em regra efeito



HC 84.078 / MG

suspensivo, a execução da prisão decretada pelo Magistrado que proferiu ou confirmou a decisão condenatória é um efeito que não pode ser obstado por sua só interposição.

Essa orientação dá consequência precisa ao papel das instâncias ordinárias e justifica a sua execução para dar resposta tempestiva à grave violação das regras de direito que atingem duramente a sociedade por inteiro.

A sanção penal tem duplo caráter, especialmente na forma de privação da liberdade. A retribuição e a prevenção se conjugam na sua essência e disputam os seus efeitos. Se o elemento retributivo compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e não ganha sentido sem a definição da culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo. É esse componente que pode justificar a privação da liberdade do condenado mesmo antes do esgotamento das instâncias extraordinárias que por definição não suspendem o julgado proferido nas instâncias ordinárias.

Não se trata de um viés autoritário. A prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (Subseção "b" do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), o Canadá (arts. 679 e 816 do Criminal Code) e a França (art. 367 do Code de Procédure Pénale). Nos Estados Unidos, o sistema é bem claro ao admitir o imediato início do cumprimento da pena, sendo certo que a interposição de recurso de revisão de que decorreria a possibilidade de alteração não é suficiente para obstar seu imediato cumprimento.

As Procuradoras da República **Luiza Cristina Fonseca Frischeisen**, **Mônica Nicida Garcia** e o Procurador **Fábio Gusman** produziram interessante estudo, "Execução Provisória da Pena – Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro", examinando as diversas convenções internacionais, incluído o Pacto de São José da Costa Rica, para afirmar que a *"execução provisória da pena é também uma forma de proteção da vítima ou de seus familiares especialmente em crimes contra a vida em que a vítima é uma criança ou adolescente como na pornografia infantil ou na exploração sexual de meninos e meninas"*. Mostra o estudo, lembrando precedente de que Relatora a Ministra **Ellen Gracie** (HC nº 85.886, de 6/9/05) no sentido de que país nenhum do mundo, realizado o duplo grau de jurisdição, admite que a condenação fique suspensa, aguardando julgamento da Corte Suprema, que em diversos países

HC 84.078 / MG

assim é. Além daqueles a que antes me referi, Portugal, Espanha e Alemanha não afastam a possibilidade da execução da pena.

Ademais, por fim, vale ressaltar que essa orientação sedimentada na jurisprudência da Suprema Corte representa um mecanismo inibitório de manobras de toda sorte que se destinam a procrastinar os julgamentos e impedir a execução da condenação dos réus, entre elas, a procura desenfreada da prescrição das penas.

O Procurador da República **Douglas Fischer** no estudo que dedicou ao tema, "Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente", mostrou que *"impende se reconhecer que há um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu-processado (e em que circunstâncias haveria violação destes direitos, notadamente em face do denominado **Princípio da Inocência**) e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (**segurança social**, derivada diretamente do fundamento constitucional da **cidadania**) e da efetividade do Poder Jurisdicional (evitando-se a prescrição, notadamente a intercorrente, e a impunidade por conseqüência) em face daqueles que violaram as normas vigentes (no caso, as que regulam o Direito Penal). A sopesação para o encontro do equilíbrio entre estes dois pontos (evitando-se os excessos e as deficiências) é que revela o parâmetro proporcional da atuação do Estado".* O estudo conclui mostrando que a *"análise **sistêmica** do ordenamento constitucional permite afirmar que **não há violação** do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa da liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinário e/ou especial (ou então **agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos**), notadamente porque há meio constitucional (**habeas corpus**) muito mais amplo e apto (**eficaz**) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal".*

Anoto, ainda, que a recente revogação do art. 594 do Código de Processo Penal, que impunha a obrigatoriedade da prisão ou da prestação de fiança para apelar, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória ou condenado por crime de que se livre solto, que entrou em vigor no

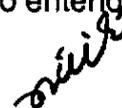
HC 84.078 / MG

último dia 23 de agosto, não afeta a conclusão a que chego. É que, de fato, não se trata aqui de recolhimento à prisão para fins de apelação, mas, sim, de reconhecimento de que o sistema constitucional não veda a execução provisória da pena considerando a ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial.

Como assinalou o Procurador Douglas Fischer no estudo antes mencionado, na análise e explicitação do *“significado e extensão das normas (inclusive as constitucionais), deve o intérprete não só afastar conclusões que impliquem excessos em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos (aí inclusos os réus em processos criminais), mas também deve zelar para que estas interpretações não gerem uma inoperância do sistema que, em face disso, acabe acarretando desproteção dos interesses sociais gerais igualmente garantidos constitucionalmente”*.

De fato, após o devido processo nas instâncias ordinárias, presente a circunstância de que os recursos extraordinário e especial não dispõem de efeito suspensivo, a execução provisória é conseqüência possível, que, sem dúvida, pode ser afastada por meio dos instrumentos próprios, incluído o **habeas corpus**. Entendo que negar-se essa conseqüência ao julgado final das instâncias ordinárias, considerando as próprias limitação dos apelos extremos e a natureza expressa de efeito apenas devolutivo, transforma a Suprema Corte em nova instância regular, não excepcional, o que, pelo menos na minha compreensão, não tem guarida no sistema constitucional brasileiro. Há aqui um correto balanceamento capaz de proteger os direitos dos réus e os direitos da sociedade, que também tem direito a uma eficiente proteção do estado. Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite.

Destarte, com as razões acima deduzidas, pedindo vênia ao eminente Ministro **Eros Grau** e aos que de igual modo entendem, denego a ordem.



05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ninguém ignora, Senhor Presidente e Senhores Ministros, **que a decretação da prisão cautelar de qualquer** pessoa **não se expõe** ao arbítrio dos magistrados e Tribunais (RTJ 135/1111), **cujas decisões, além da necessária** fundamentação substancial, **hão de revelar** os fatos **que concretamente justificam a indispensabilidade** dessa medida excepcional.

Todos sabemos, por isso mesmo, que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade. Não obstante o seu caráter extraordinário, a prisão cautelar - **qualquer** que seja a modalidade **que assuma** (prisão temporária, prisão preventiva, prisão fundada em decisão de pronúncia **e** prisão decorrente de condenação penal recorrível) - pode efetivar-se, desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos definidos em lei (RTJ 134/798, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO).



HC 84.078 / MG

É por essa razão que esta Corte, em pronunciamento sobre a matéria (RTJ 64/77), tem acentuado, na linha de autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 376, 2ª ed., 1994, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "Curso Completo de Processo Penal", p. 250, item n. 3, 9ª ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, "Manual de Processo Penal", p. 243/244, 1991, Saraiva), que, uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de meros indícios de autoria (pressupostos da prisão preventiva) - e desde que concretamente ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal (fundamentos da prisão preventiva) -, torna-se legítima a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar.

Impõe-se advertir (e relembrar) que a prisão cautelar ("carcer ad custodiam") - que não se confunde com a prisão penal ("carcer ad poenam") - não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar "em benefício da atividade desenvolvida no processo penal" (BASILEU GARCIA,

HC 84.078 / MG

"Comentários ao Código de Processo Penal", vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), tal como esta Suprema Corte tem proclamado:

"A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.

- A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal."

(RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente - não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade (HC 89.501/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por isso que esta Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no



HC 84.078 / MG

reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal:

" (...) PRISÃO PREVENTIVA - NÚCLEOS DA TIPOLOGIA - IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta (...)."

(HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei)

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal tem examinado a utilização, por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, em ordem a impedir a subsistência dessa excepcional medida privativa da liberdade, quando inócurrente hipótese que possa justificá-la, não cabendo invocar, para tanto, a gravidade em abstrato dos crimes (RTJ 137/287 - RTJ 172/184 - RTJ 182/601-602, v.g.), ou a credibilidade das instituições (RTJ 180/262-264 - RTJ 193/1050, v.g.), ou, ainda, "A boa ou má situação econômica do acusado (...)" (HC 72.368/DF).

É por isso, Senhor Presidente, que a mera afirmação - desacompanhada de indicação de fatos concretos - de que o indiciado/réu, em liberdade, poderia frustrar, ilicitamente, a regular produção probatória revela-se insuficiente para fundamentar



HC 84.078 / MG

qualquer decreto de prisão cautelar, se essa alegação, porque fundada em juízo **meramente** especulativo, deixa de ser corroborada por necessária base empírica (que **deve** ser referida na decisão judicial), tal como tem advertido, a propósito desse **específico** aspecto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 170/612-613, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 175/715, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.).

O fato de alguém - independentemente de sua situação pessoal, social, política, econômica ou funcional - ostentar a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal, **mesmo perante** órgãos da Polícia Judiciária, não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis, **cuja intangibilidade** há de ser preservada pelos magistrados e tribunais, **especialmente** por este Supremo Tribunal Federal.

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.



HC 84.078 / MG

- 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, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam 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 conseqüências, 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)

Trata-se de efeito que deriva, de modo bastante expressivo, da presunção constitucional de inocência, a que esta Suprema Corte tem dispensado tratamento conseqüente e plenamente compatível com o sistema jurídico existente em nosso País, como se evidenciou no julgamento plenário da ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.



HC 84.078 / MG

A necessária observância da cláusula constitucional inerente ao "due process of law" representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos daquele que sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria imposição de medidas restritivas de direitos ou de sanções privativas de liberdade.

O fato, Senhor Presidente, é que o Ministério Público, 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 que resultam, 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 que ora exponho, 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

HC 84.078 / MG

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.

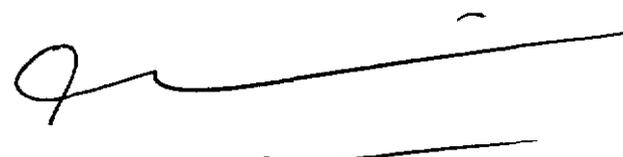
O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

- 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,



HC 84.078 / MG

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 legítima, 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)

O que me parece importante, Senhores Ministros, é que o Supremo Tribunal Federal tem a exata percepção de quão fundamentais, para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições, são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição.

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.

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado decrete, arbitrariamente, por antecipação, a prisão cautelar de qualquer pessoa, sem base empírica idônea justificadora da real necessidade dessa medida constritiva, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e



HC 84.078 / MG

conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.

O fato é que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas conseqüências que daí resultam, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático.

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal repele, 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).

Esses aspectos todos, que se referem ao estado de inocência das pessoas em geral, foram muito bem examinados e discutidos por ocasião do julgamento, pelo Plenário desta Corte, da ADPF 144/DF, de que eu próprio fui Relator.

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



HC 84.078 / MG

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 a 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, **em importantes declarações internacionais** de direitos humanos, **como** a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o

HC 84.078 / MG

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 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.

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 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 inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado.



HC 84.078 / MG

Tenho salientado, em julgamentos de que fui Relator nesta Corte (HC 83.947/AM, p. ex.), que já não mais prevalece, em nosso sistema jurídico, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, a obrigação de provar a sua própria inocência !!!

Refiro-me ao já mencionado Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, cujo art. 20, n. 5, consagrou, 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).

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que 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.

HC 84.078 / MG

Há, portanto, 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 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.

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.

Vê-se, daí, que a presunção de inocência atua como verdadeiro obstáculo constitucional a decisões estatais que possam afetar o exercício de direitos básicos, como o direito à liberdade e o direito de participação política na gestão dos negócios públicos e na condução das atividades governamentais. A mera existência de



HC 84.078 / MG

procedimentos estatais em curso (como inquéritos policiais, processos penais, arguições de inelegibilidade ou ações civis por improbidade administrativa) não pode gerar conseqüências incompatíveis com a presunção de inocência, porque esta só se desfaz com o reconhecimento definitivo, em ato irrecorrível, da culpabilidade ou da inelegibilidade de alguém. Não é por outro motivo que a própria Constituição - ao tratar da suspensão dos direitos políticos, como a privação temporária do direito de sufrágio (direito de votar) e do direito de investidura em mandatos eletivos (direito de ser votado) - impõe, como requisito inafastável, a existência de "condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos" (CF, art. 15, III). O fato relevante, em tal matéria, é um só: episódios processuais ainda não definidos, porque deles ausente sentença judicial transitada em julgado, não podem repercutir, de modo irreversível, sobre o estado de inocência que a própria Constituição garante e proclama em favor de qualquer pessoa.

Enfatizo, por necessário, que o *status poenalis* e o estatuto de cidadania não podem sofrer - antes que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação judicial - restrições que afetem a esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado



HC 84.078 / MG

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.

É por isso que o Supremo tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica, somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais.

O fato é que não podem repercutir, contra qualquer pessoa, sob pena de transgressão ao postulado constitucional que consagra o estado de inocência, situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário. Isso significa que inquéritos policiais em andamento, processos penais, arguições de inelegibilidade ou processos civis por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais) não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

HC 84.078 / MG

Ao proferir o meu voto no julgamento final da ADPF 144/DF, de que fui Relator, procedi a um amplo exame desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial), perquirindo-lhe as origens históricas e relembrando - não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas (para Beccaria, "A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz ...") - que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas ("innocens praesumitur cuius nocentia non probatur"), valendo mencionar o que se continha no *Digesto*, que estabelecia, em benefício daquele que era processado, verdadeiro favor rei, que enfatizava, ainda que de modo incipiente, essa idéia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do Ancien Régime.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, peço vênia para acompanhar, integralmente, o magnífico voto proferido pelo eminente Ministro EROS GRAU.



O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, Vossa Excelência me permitiria, em homenagem à intervenção tão oportuna do nosso eminente decano, porque destaquei, e insisto no destaque que fiz, com a devida vênia,

HC 84.078 / MG

que os precedentes da Suprema Corte expressamente afirmavam que não constitui obstáculo jurídico a que se efetive desde logo a prisão do condenado desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto quanto ao acórdão condenatório.

Essa é a posição que estou adotando, a posição que autoriza a execução imediata da pena, desde que o recurso não tenha efeito suspensivo, sem desconhecer a possibilidade amplíssima de recursos suficientes, nós os temos em grande quantidade, para que seja suspenso o decreto prisional.

Apenas faço essa referência como uma homenagem, sem querer nenhuma discussão. Estamos examinando, e a Primeira Turma examinou já em diversas oportunidades, exatamente essa circunstância: saber se nós admitimos essa execução provisória ou não admitimos a execução provisória. E, benfazejamente, estamos no Pleno para decidir de uma vez por todas, porque isso é que é importante para as instâncias ordinárias e até mesmo para as instâncias especiais, na medida em que a oscilação da jurisprudência pode criar dificuldades de monta no tocante à interpretação da disciplina constitucional sobre essa matéria.

De todos os modos, agradeço, como sempre o faço, as observações que foram feitas pelo eminente Ministro **Celso de Mello**, nosso querido decano.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Pelo que eu depreendi, na Primeira Turma, a posição prevalente era sempre esta: a de que não se exclui a possibilidade da prisão com a sentença, ou mesmo com o acórdão na apelação, desde que presentes e identificados os fundamentos de prisão provisória, da prisão cautelar, os requisitos de cautelaridade.

HC 84.078 / MG

Também o Ministro Cezar Peluso, em um voto que trouxe para o Plenário, quando nós iniciamos este julgamento, se manifestou no mesmo sentido.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?

Gostaria de observar que, também no meu voto, não afasto de modo nenhum a prisão cautelar quando haja motivo para tal. Mas o que eu faço questão de deixar claro é não superpor a execução provisória com prisão cautelar; prisão cautelar não pode justificar a execução provisória.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O objeto desta causa não é prisão cautelar, é execução provisória.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Nós tivemos um caso que veio ao Plenário e que acabou sendo julgado prejudicado e que envolvia esse tema - salvo engano. A meu ver, Vossa Excelência se pronunciou e ressaltava não haver impedimento, no caso de subsistente uma sentença em que houvesse a prisão cautelar, mas claro que com os fundamentos pertinentes.

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISEXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhor Presidente, gostaria de fazer uma observação técnica, evidentemente, com todo o respeito ao belíssimo voto do Ministro Menezes Direito, mas o seu voto declara **incidenter tantum** a inconstitucionalidade do artigo 105 da Lei de Execuções Penais, que diz:

"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".

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - A posição contrária declara a inconstitucionalidade do Código de Processo Penal.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não, eu queria observar - perdoem-me - que, tecnicamente, é isto: a questão da expedição da guia de recolhimento para a execução, tema que o Ministro Celso de Mello observou absolutamente entrando em polêmica.

Apenas gostaria de apontar esse - vamos dizer assim - pormenor técnico.

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**DEBATE**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?

Fico apreensivo. Evidentemente, a coerência é uma qualidade, entre outras, que presta contas ao tempo. Independentemente de estritos argumentos de ordem técnica, o que me preocupa, sobretudo, é que a Corte fixou, por unanimidade, em 7 de novembro de 2007, a seguinte tese: "*Não é compatível com a vigente Constituição da República a lei estadual que impõe a funcionário público, na pendência de ação penal por crime funcional e por força dessa pendência, desconto nos vencimentos e remuneração*".

Em outras palavras, a Corte não admitiu que fosse imposto a um réu, por conta da pendência do processo penal, por crime de caráter funcional, uma consequência gravosa de ordem material, precisamente de ordem pecuniária. E agora pode afirmar que admite se imponha ao réu, na pendência de processo penal, por qualquer crime, a máxima das medidas gravosas: a privação da liberdade!



HC 84.078 / MG

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Isso é tratado no voto do Ministro Eros Grau, que faz referência expressa a esse recurso extraordinário. Esse foi, inclusive, um dos maiores problemas que tive ao fazer o meu voto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pois é. Quero mostrar minha preocupação com a coerência com que a Corte deve tratar temas tão próximos. Não vejo como os destinatários das decisões sejam capazes de entender que a Corte reprima a inflicção de uma medida de ordem puramente pecuniária no curso do processo penal, e, por conta dessa mesma pendência, admita a mais grave de todas as penas na ordem jurídico-constitucional: a restrição, a privação da liberdade. Isto é, não admitimos que se possa impor pena de caráter pecuniário, ou medida gravosa de caráter pecuniário, mas admitimos se possa impor uma medida absolutamente irreversível: a privação da liberdade!

Não há nada nem ninguém neste mundo que consiga, após o reconhecimento definitivo da inocência daquele que foi objeto da restrição ou da perda de liberdade no curso do processo penal, repor-lhe a integridade pessoal ao estado anterior, quando absolvido. Nada.



HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Gostaria de observar, Senhores Ministros, **que nem mesmo** penas **restritivas** de direitos podem sofrer execução provisória, **considerado** o que dispõe o art. 147 da Lei de Execução Penal, **que exige**, para esse efeito, **o trânsito em julgado** da sentença condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, **tem proferido** decisões **que repelem** a possibilidade de execução **meramente** provisória de penas **restritivas** de direitos, **como se pode ver** de julgamentos **de ambas as Turmas** desta Corte:

"AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direito. Decisão impugnada mediante recurso especial, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. 'HC' deferido. Precedentes. Voto vencido. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs."

(RTJ 193/694, Rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO - 1ª Turma)

"'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO DEFERIDO.

- As penas **restritivas** de direitos **somente** podem sofrer **execução definitiva**, não se legitimando, **quanto a elas**, a possibilidade de execução provisória, **eis** que tais sanções

HC 84.078 / MG

penais alternativas **dependem**, para efeito de sua efetivação, **do trânsito em julgado** da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). **Precedente.**"
(RTJ 195/520-521, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe registrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, **fiel** ao postulado da presunção de inocência, **tem estendido** o alcance **dessa** prerrogativa fundamental, **para abranger** situações **desvestidas** de natureza criminal, **como o evidenciam** os julgamentos plenários da **ADPF 144/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, do **RE 482.006/MG**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, e, salvo engano de minha parte, da **ADI 2.120/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - ADIn nº 2.120.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E, mais: o que me perturba o espírito, com o devido respeito, senhor Presidente, é que essa garantia constitucional, que, histórica e dogmaticamente, é uma das mais importantes das ordens jurídico-constitucionais, possa ser reduzida, na sua eficácia normativa, a casos periféricos de medidas de



HC 84.078 / MG

natureza puramente material. Noutras palavras, a garantia do art. 5º, inciso LVII, pode correr o risco de ser reduzida a garantia contra medidas de caráter secundário; já não contra aquelas que produzem, em relação à dignidade da pessoa humana, as restrições e os sacrifícios mais graves. Noutras palavras, poderemos dar à garantia constitucional do mais amplo espectro uma eficácia prática reduzida, que, na prática, servirá, um pouco mais ou um pouco menos, para remediar situações menos importantes, como essa de descontos de vencimentos, ou coisas ainda mais inferiores do ponto de vista das consequências para o homem normal na sua vida rotineira.

É essa a preocupação que eu gostaria de expressar, para que esta decisão, que pode implicar alteração substancial na postura que a Corte confirmou, de certo modo em dois outros julgamentos: o das chamadas "fichas sujas"...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Foi o que ocorreu no julgamento final da ADPF 144/DF, de que fui Relator.

HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente.

Isto é, estamos fazendo uma ...

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Embora eu separe a matéria penal da matéria eleitoral.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - É outra coisa; não é a mesma coisa. Situação vencimental e situação eleitoral não são a mesma coisa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pena restritiva de direito; é expressa. Ela é expressa.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Como anteriormente mencionei, o art. 147 da LEP obsta a execução provisória das penas restritivas de direitos, havendo, a esse respeito, precedentes específicos firmados por esta Suprema Corte, como aqueles a que já aludi (RTJ 193/694, Rel. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO - RTJ 195/520-521, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vários.



HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Noutras palavras, o que, com o devido respeito, enfraquece essa objeção de que em matéria penal seja diferente. Tanto não o é, que a própria lei, expressamente, não permite sequer a aplicação de pena menos grave, que é a mera restrição de direitos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas vejam os riscos que implicam para o Tribunal assumir a responsabilidade de deixar sem resposta satisfatória ainda que fosse um único caso da prisão de um inocente ou daquele que afinal vem a ser reconhecido, nas instâncias extraordinárias, como inocente! Um único caso seria suficiente. Lembro-me do que Beccaria dizia - aliás, precisamos retornar à Beccaria: o que ganha a humanidade com a condenação de um inocente? Aliás, o Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou que, só no âmbito dos **habeas corpus**, a ordem é concedida em um terço dos casos!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Além de nossas decisões **em sede** de "habeas corpus", **há a registrar**, ainda, os julgamentos penais, **proferidos** no âmbito de recursos extraordinários, **favoráveis**, em quase 30%, a

HC 84.078 / MG

pessoas que sofreram condenação criminal, como o demonstrou o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente.

A pergunta é: o que a sociedade brasileira ganha em punir com prisão um terço dos réus? Aplicar a um terço dos réus, que são inocentes, uma medida gravíssima como a limitação da liberdade, quando, para os efeitos que constituem objeto das justas preocupações dos votos já proferidos - acho que essas preocupações são justas -, bastam as causas de prisão preventiva?

O SENHOR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Ou seja, não se trata de tentar criar uma construção destinada a proteger uma sociedade sem defesa. O Código de Processo Penal tem defesas suficientes para a sociedade. Todas essas hipóteses ventiladas, abstraído o juízo definitivo de culpabilidade, que ninguém pode afirmar e, portanto, essas estatísticas de que em caso crime contra criança... Como falar em casos de crimes contra criança? Houve trânsito em julgado das sentenças? É, de fato, assim? Ou não? Ainda nesses casos, é possível a imposição de limitação da liberdade física com base nas hipóteses legais de prisão preventiva. Isto é, não

HC 84.078 / MG

vamos deixar a sociedade sem instrumentos de autodefesa. Não se trata disso. Trata-se, antes, de voltar nossa preocupação àqueles que são inocentes no processo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Nós estamos criando, Ministro Cezar Peluso, um sistema penal de faz-de-conta. Sabemos que, se tivermos que aguardar o esgotamento dos recursos especial e extraordinário, o processo jamais chega a seu fim. Nós sabemos muito bem disso. Basta olhar as estatísticas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, se isso fosse verdade, não estaríamos vivendo uma crise carcerária. Está saindo gente pelas janelas dos cárceres.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro, a discussão está indo por um rumo em que se faz o cotejo, o paralelo entre o processo penal e o cível. Mas estamos esquecendo de que, no processo penal, o réu dispõe de outros meios de impugnação que não existem no processo cível. Com a nossa generosa teoria do **habeas corpus**, não conheço nenhum país que ofereça a um réu tantos meios de recurso como o nosso.



HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Isso é outra coisa, Ministro. Isso é uma crítica, aliás fundada, à sistemática recursal.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - A generosidade com que se admite o **habeas corpus** no Brasil faz deste o país em que o acusado criminalmente disponha do maior número de recursos possíveis. Não há dúvidas quanto a isso. Sou Relator, nesta Casa, de uma série de **habeas corpus** relacionados a uma estrepitosa ação penal que tem curso no Estado de São Paulo. Só em relação a um dos réus, nos últimos quatro ou cinco anos, foram julgados nada menos do que sessenta e dois recursos. Dezenas deles da minha relatoria, alguns da relatoria do Ministro Eros Grau, outros da relatoria do Ministro Carlos Britto, aqui nesta Corte. Portanto, o leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável. Não existe nenhum país do mundo que ofereça tamanha proteção. Portanto, se resolvermos, politicamente - porque essa é uma decisão política -, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso



HC 84.078 / MG

extraordinário julgado por esta Corte, temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Aqui estávamos estabelecendo essa discussão entre o processo civil. Não, é uma decisão política. Queremos ou não um sistema penal eficiente, eficaz? Ou queremos um sistema penal de faz-de-contas? É exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Como tenho **ênfatizado**, a orientação **que prestigia** o direito fundamental à presunção de inocência **não impede** a privação **meramente** cautelar da liberdade individual **nem favorece** a impunidade, **pois**, havendo fundamento empírico idôneo, **legitimar-se-á**, sempre, a possibilidade de imposição, ao indiciado **ou** ao réu, daquela extraordinária medida de constrição do "*jus libertatis*".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Celso**, Vossa Excelência admite então que toda legislação possível examinada em países liberais e desenvolvidos que admitem essa execução provisória da pena, imediatamente após a sentença, ou decisão de 2º grau, são legislações autoritárias. Isso é uma incongruência porque,

HC 84.078 / MG

na realidade, estamos maximizando o processo da presunção da inocência e levando a nunca ser possível iniciar a execução. Temos criminosos confessos que são condenados em 1º e 2º graus e que não vão para a cadeia porque o volume de recursos, com a justificativa de prisão meramente cautelar, não se esgota nunca.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não posso **desconhecer** o próprio sistema jurídico que a nossa Constituição republicana **consagrou**, **especialmente** no ponto em que proclama, **sem** qualquer ambigüidade, que ninguém - **absolutamente ninguém** - se presume culpado, **exceto** se sobrevier, **contra** o réu, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Insisto, por isso mesmo, Senhor Ministro MENEZES DIREITO, **na asserção** de que esta Suprema Corte, com o entendimento que vem prevalecendo, **não está a inviabilizar** a prisão cautelar (**como** a prisão temporária **ou** a prisão preventiva, **p. ex.**) de indiciados **ou** réus perigosos, **pois** - como tem sido **sempre** enfatizado - **reconhece-se**, uma vez presentes razões concretas **que justifiquem** a sua utilização, **a possibilidade** de o Judiciário valer-se, **se** o

HC 84.078 / MG

interesse público o exigir, das diversas modalidades de tutela cautelar penal.

O que não se legitima, isso sim, por ser **absolutamente** incompatível com o sistema de nossa Constituição e, também, por se mostrar inconciliável com as várias declarações internacionais de direitos fundamentais, **é a antecipação executiva** da pena privativa de liberdade, como se a sentença penal condenatória pudesse expor-se à execução **meramente** provisória. **Isso, além** de inconstitucional, **revela-se** profundamente lesivo ao "*status libertatis*" de qualquer pessoa.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Isso na concepção de Vossa Excelência, não na minha.

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISCONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhor Presidente, gostaria de observar que no item XXV do meu voto tratei exata e precisamente dessa questão levantada pelo Ministro Cezar Peluso, que me parece de extrema importância. Não é apenas ser coerente, mas a Corte há de dar à liberdade a mesma importância que dá à propriedade. Tenho plena convicção de que, no dia em que se escrever a história desta Corte, ela há de ser escrita sobre a experiência de **habeas corpus**, construída historicamente como garantia constitucional e em defesa da liberdade.

É por essa razão que peço vênias - não quis interferir antes - para reiterar o que disse no item XXV do meu voto:

"A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade" (e me referi àquele caso) "certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade."

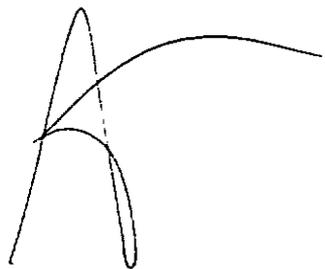


05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISADITAMENTO AO VOTO

O Senhor Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, como disse o ilustre Ministro Cezar Peluso, o momento que esta Corte enfrenta é histórico, da maior importância, seja do ponto de vista dogmático, seja do ponto jurisprudencial. Em face da relevância do tema e tendo em conta o brilho do voto do eminente Ministro Eros Grau e, antecipando já o substancioso voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, e também as intervenções que a eles se seguiriam, peço vênias aos meus eminentes colegas para ler, de forma ainda que perfunctória, voto escrito que trago sobre o tema. Tentarei resumi-lo tanto quanto possível.



05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**V O T O****O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:**

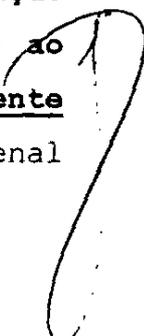
Senhor Presidente, alinho-me à antiga corrente, que era majoritária nesta Corte, no sentido de entender como **viável a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição.**

Considero que as decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo graus de jurisdição, **no sentido da condenação do réu, como é o caso presente, devem ser respeitadas e levadas a sério, pois os órgãos judiciários prolatadores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer.**

Isto significa que não se deve fazer **letra morta** das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Do contrário, **melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal,** já que somente com uma decisão irrecorrível desta Corte se poderá dar credibilidade a uma decisão condenatória.

Considerando, assim, a **legitimidade das instâncias ordinárias para proferir decisões condenatórias dotadas de efetividade,** penso ser necessário que esta Corte permita sua **execução provisória,** sob pena de as tornarmos **despiciendas.**

É de se ter em conta que **a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo,** evitando que se **frustre a condenação já exaustivamente determinada** nas instâncias ordinárias, sem que a ação penal



HC 84.078 / MG

tramitou e foi submetida à análise **percuciente** pelos órgãos competentes para análise dos fatos.

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal **causará verdadeiro estado de impunidade** - considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor **cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos** (e nisto o nosso ordenamento é rico), **de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.** o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas.

Veja-se que **não se trata de relegar à inoperância o princípio da presunção de inocência do acusado**, mas se estará a velar pelo cumprimento **provisório** de provimento condenatório, já **exaustivamente decidido nas instâncias ordinárias.** Volto a frisar, as instâncias competentes para exame dos fatos. Ora, o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da **prisão preventiva e da prisão temporária.**

Relativamente ao condenado, a execução provisória da pena **também é de ser admitida**, considerada não a culpa **inconteste do réu**, mas a **existência de decisões judiciais condenatórias, calcadas nos exames dos fatos, que tornam legítima a privação da sua liberdade.**

HC 84.078 / MG

Colaciono trecho de Cândido Rangel Dinarmarco que bem expressa a minha preocupação com a legitimidade e utilidade do processo penal (in A reforma do Código de Processo Civil, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 22):

"... a segunda metade do século XX caracterizou-se (...) como um **tempo de mudanças**. O monumental esforço dos idealistas portadores da bandeira da **efetividade do processo** abriu espaço para a consciência da **necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais** e que **deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo**".

Para além disto, é de se ressaltar que os recursos extraordinário e especial **não são dotados de efeito suspensivo** em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual **não se configura violação ao princípio da não-culpabilidade a determinação de cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente**.

Aliás, **não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição**, tanto é que há processos julgados em **única instância** por esta Corte; **menos ainda haveria direito a um triplo grau**! Nem mesmo o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a existência de um **terceiro grau** de jurisdição, **como ora se pretende**. A garantia está restrita ao **direito de recorrer contra a sentença condenatória**, como dispõe o art. 8º, nº 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45, ao **condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença de repercussão geral**, veio a **reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária**.

HC 84.078 / MG

Esta tendência de racionalização da atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, contribui para a concretização do direito à razoável duração do processo.

Com base nesta Reforma, é possível sustentar a existência de uma *voluntas legis* no sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais.

Noutras palavras: o princípio constitucional da não culpabilidade, pelo menos no que diz respeito ao recurso extraordinário da competência desta Corte, há de ser agora conciliado (e ponderado) com a regra constitucional segundo a qual o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões jurídicas que transcendam o interesse subjetivo do recorrente.

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.

HC 84.078 / MG

Assim, é de ser mantida a possibilidade de execução provisória da pena, pelos argumentos já expendidos nos precedentes mais antigos desta Casa, que firmam o entendimento de que o princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus não obsta a constrição do *status libertatis* do condenado.

É claro que, neste momento, a execução da sentença será provisória, e não ainda definitiva, tendo em vista a ausência do trânsito em julgado e o "estado de inocência". Aliás, este é, a meu ver, o sentido em que deve ser interpretado o art. 105 da Lei de Execuções Penais, cujo teor é o seguinte:

"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."

Trata-se, é claro, da **guia de recolhimento definitivo**. Não há qualquer óbice, contudo, à expedição da **guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado**, mesmo porque **a lei não a veda!** Ao contrário, a norma em questão prevê que o réu pode já estar preso quando do trânsito em julgado, de modo que, inequivocamente, o dispositivo legal em questão trata da expedição da **guia de execução definitiva** da pena.

É importante, ainda, levarmos em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, como dispõem os artigos 27, §2º, da Lei nº 8.038/90, e **art. 637 do Código de Processo Penal**. Nos termos deste último dispositivo legal, *verbis*:

"O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, **os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.**"

Assim, na esteira do que determinado pelo legislador processual penal, considero que a atribuição do **efeito meramente**

HC 84.078 / MG

devolutivo aos recursos de natureza extraordinária **não viola a Constituição da República, permitindo que o condenado impugne aquilo que considera passível de recurso, sem impedir o seu recolhimento ao estabelecimento prisional apropriado.**

Não creio haver maiores riscos para o *ius libertatis* com este posicionamento, considerando-se os inúmeros recursos que chegam a ser providos por esta Corte e sabendo-se, de antemão, que **os fatos e provas** discutidos nos autos **não mais poderão ser objeto de análise no bojo do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial**, o que ilide, em muito, a possibilidade de cometimento de arbitrariedades.

Por estas razões, entendo que **não faz sentido interpretar-se os Recursos Excepcionais como uma nova apelação** e, com base no princípio da presunção de inocência, deixar de executar o acórdão **tão-somente em razão de o réu haver interposto um Recurso Extraordinário, que muitas vezes sequer será admitido, por ausência dos pressupostos recursais.**

Faço isso com a maior tranquilidade por que tenho consciência de que em todas as nações civilizadas é assim que se procede. Esgotada a instância ordinária, ou seja, julgado o réu por um juiz de primeira instância e examinado o seu recurso por um tribunal de apelação, a regra é o cumprimento imediato da decisão.

O máximo que poderá haver é algum vício formal ou exclusivamente jurídico, que somente **raríssimas vezes** tem o efeito de anular uma sentença condenatória.

Em **tais casos**, contudo, **se o condenado entender que está sofrendo constrangimento ilegal contra a sua liberdade**, por força de uma nulidade gravíssima e insanável na ação penal a que respondeu, **restar-lhe-á a via do habeas corpus**, em que poderá

HC 84.078 / MG

demonstrar referida nulidade e solicitar a suspensão do cumprimento da pena.

Ainda assim, a meu ver, **referida alegação somente poderá ser conhecida em caso extremo**, de patente ilegalidade, tal como a Corte vem fazendo nos casos de superação da Súmula nº 691/STF. Os critérios devem ser semelhantes.

Ou seja: **a regra é a pronta execução da sentença condenatória, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, que constitui o devido processo legal.**

Excepcionalmente, poderiam os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal apreciar **pedido de habeas corpus**, no sentido de suspender a execução da pena privativa de liberdade caso tenha ocorrido erro grave ou nulidade insanável no julgamento de primeiro ou segundo grau, **demonstrados de plano**.

Outra questão que considero importante diz respeito aos **termos** em que a sentença condenatória é proferida, **no primeiro grau de jurisdição**.

Uma **fórmula corriqueira**, quando o juiz pretende permitir ao réu a interposição do recurso de apelação em liberdade, é aquela em que diz: "Concedo ao réu o **direito de recorrer em liberdade**". Foi, exatamente, a expressão utilizada no caso em análise.

Claramente, a meu ver, este "**direito de recorrer em liberdade**" diz respeito, **unicamente**, ao **recurso de apelação**, que é o possível de ser interposto contra a sentença. Não se refere nem pode se referir, portanto, a **futuros e incertos recursos contra o eventual acórdão proferido no julgamento da apelação**. Até porque, *a priori*, não cabe ao juiz de primeira assegurar efeito suspensivo aos recursos de natureza especial e extraordinária, porque a cada tribunal superior cabe a palavra

HC 84.078 / MG

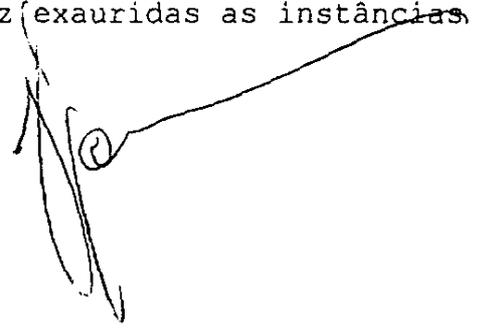
final em matéria de **admissibilidade** dos recursos constitucionais da sua alçada.

De todo modo, **quando** a sentença condenatória afirmar que **assegura ao réu o direito de responder em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória** - o que não constou da sentença proferida nos autos da ação penal de origem, *in casu* -, então, ou bem o Ministério Público **recorre** desta decisão, **ou terá ela transitado em julgado** para a acusação, **não podendo haver reformatio in pejus** neste ponto.

Por fim, deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica.

Por todo o exposto, Senhor Presidente, meu voto, na hipótese, é pela **denegação da ordem, admitindo a execução provisória da pena** uma vez exauridas as instâncias ordinárias.

É como voto.



05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Temos, aqui, uma causa instigante, que se traduz, não em um tema de Direito Constitucional, mas em um verdadeiro temário, tantos são os institutos e figuras de direito subjacentes à impetração desse **habeas corpus** e à espera de nossa decisão. Por exemplo: o tema da liberdade de locomoção, do postulado da justiça penal eficaz, da necessidade de prisão cautelar do paciente, todos eles constitucionalmente enlaçados. São temas de matriz constitucional, a exigir deste nosso Tribunal uma interpretação rigorosamente sistemática ou casada. Jamais solteira ou isolada.

Trouxe também um voto por escrito, mas vou me permitir deixar a leitura de lado.

Senhor Presidente, começo a minha interpretação por essa regra matriz da liberdade, que é o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, **in verbis**:



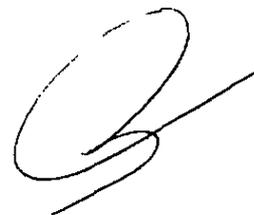
HC 84.078 / MG

"LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

Eu entendo que se trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material cujo conteúdo é a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional.

Logo, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nessa presunção de não culpabilidade, nesse direito material à presunção de não culpabilidade.

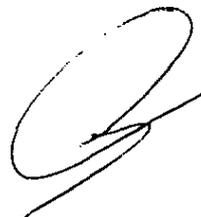
Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: "o homem é inocente até prova em contrário". A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última



HC 84.078 / MG

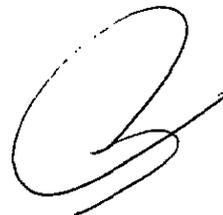
do trânsito em julgado. Tudo isso conjugadamente, para vitalizar o encarecido direito à presunção de não culpabilidade. Portanto, algo ainda mais robusto, mais forte do que a simples presunção de inocência. E a Constituição fez bem, porque a prima-dona dos direitos individuais é a liberdade de locomoção. É a liberdade física de ir e de vir, tanto que, para salvaguardá-la, foi aviado pela Constituição este remédio heróico chamado **habeas corpus**. **Habeas corpus** não por acaso topograficamente precedente de todos os outros remédios heróicos constitucionais ou das ações de urgência: mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, **habeas data** e ação popular. Tudo vem depois do **habeas corpus**.

E, daqui, Senhor Presidente, tenho que me remeter para o inciso LXI do art. 5º para saber em que termos esse direito à presunção de não culpabilidade foi relativizado, foi mitigado, porque, somente em uma passagem é que a nossa Constituição quebranta a força desse direito. Foi no inciso LXI: "*ninguém será preso senão em flagrante delito...*" É a confirmação do inciso LXI nessa parte inicial do enunciado normativo. Ou seja, a regra é a liberdade. Ninguém será preso. Esta é que a regra. Ninguém será preso senão em flagrante delito. Então, o flagrante delito, este, sim, relativiza o direito à presunção de não culpabilidade para o fim de prisão. Ele, o flagrante, opera como um fator automático de prisão, de privação da liberdade física. Em momento algum vamos encontrar, na



HC 84.078 / MG

Constituição, qualquer dos recursos excepcionais - e estou falando do recurso especial e do extraordinário - como causa automática de privação da liberdade de locomoção. Pelo contrário, com essa força da automaticidade, somente o flagrante delito. A circunstância do flagrante é constitucionalmente qualificada como capaz de relativizar, de quebrantar a força do direito à presunção de não culpabilidade. E, em seguida, a Constituição traz outras hipóteses também relativizadoras do direito à presunção de não culpabilidade. Diz a Constituição: "... ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...". Seja qual for a fase da persecução penal do Estado. Pode ser inquérito, pode ser processo. Independentemente da fase do inquérito, da fase do processo penal, o juiz, desde que por ordem escrita e fundamentada - desde que seja ele um juiz natural, um juiz para a causa -, pode, sim, decretar a prisão e, finalmente, nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei. Pronto, parece-me que a causa pode ser equacionada nesses dois dispositivos. O Ministro Cezar Peluso vem colocando, de longa data, ênfase nesse aspecto da gravidade ímpar da prisão corporal do indivíduo, em homenagem à irreparabilidade do dano daí resultante; da gravidade e da irreparabilidade desse dano. Porque, de fato, é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso. Primeiro, com sua ordem de prisão, o indivíduo sofre um abalo



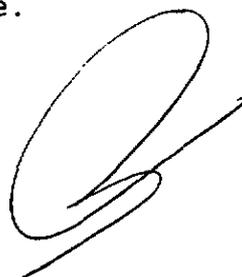
HC 84.078 / MG

psíquico. A sua autoestima fica ao rés do chão. Segundo, é um desprestígio familiar, é um fato que causa uma comoção doméstica, inclusive com repercussão no trabalho, na obtenção do ganho da família. Terceiro, é um fator de desqualificação profissional. O fato em si da prisão circula, chega ao conhecimento de outras pessoas, de outras esferas sociais e o indivíduo que é preso vê reduzidas as suas oportunidades de emprego. E, finalmente, o desprestígio social, o conceito social, que também fica abalado. É tão grave quanto irreparável o dano da prisão nessa quádrupla projeção. Então a ênfase constitucional posta na defesa da liberdade é plenamente explicável. Dir-se-ia, porém, que a sociedade ficará desguarnecida com essa interpretação constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição da República. Mas o Ministro Ricardo Lewandowski ainda há pouco fundamentou o seu voto dizendo que basta ao juiz, com base no artigo 312 do Código de Processo Penal, decretar a prisão cautelar, fazendo-o com base em qualquer daqueles quatro pressupostos do artigo 312: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, necessidade de aplicação da lei penal, garantia da instrução criminal. O que nos remete para outro tipo de consideração. É preciso prestigiar as instâncias ordinárias que venham a decretar a custódia cautelar desse ou daquele indivíduo. E é preciso prestigiar porque são essas instâncias de base que conhecem os fatos, que lidam com os fatos e



HC 84.078 / MG

provas bem mais de perto que as instâncias excepcionais. Além do que são os magistrados que atuam nessas duas instâncias, a primeira e a segunda, que se expõem fisicamente. Pessoal e familiarmente, por efeito da decretação dessa ou daquela medida constritiva da liberdade do investigado, ou acusado. Como é preciso também que reinterpretemos, quem sabe, o artigo 312. Por exemplo, lá na nossa Primeira Turma, temos tido muita dificuldade - sei que a Segunda Turma também tem, e o Plenário do Supremo não foge a essa contingência - em conceituar um desses pressupostos: o da ordem pública. O que significa ordem pública? O artigo 144 nos dá alguns indicadores: ordem pública é objeto da segurança pública. Mas não significa incolumidade de bens nem incolumidade das pessoas, porque a Constituição diz que a segurança pública se destina à garantia da ordem pública e da incolumidade dos bens e das pessoas. Então são três coisas diferentes: incolumidade dos bens, incolumidade das pessoas, ordem pública. Sabemos o que não seja ordem pública. Mas o que é efetivamente ordem pública? E avançamos um pouquinho na apropriação conceitual do tema, na Primeira Turma, chegando mais ou menos a um consenso: ordem pública é categoria jurídica que pode ser associada a acautelamento do meio social. Quando a situação é de visível acautelamento do meio social, podemos dizer que o bem jurídico da ordem pública está presente.



HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Concordo com esse enfoque.

O que tenho refutado é a possibilidade de empolgarmos a ordem pública, levando em conta o crime cometido, isso antes de formar-se a culpa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Muito bem, Excelência; de fato, Vossa Excelência tem assim se pronunciado.

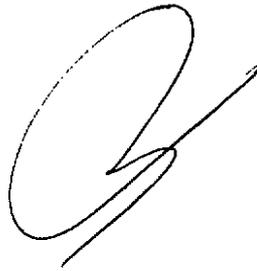
Senhor Presidente, desde que a Justiça, com base nesse critério inafastável da necessidade da custódia provisória, fundamente o seu decreto constritivo da liberdade física do indivíduo, e o faça em qualquer das hipóteses do artigo 312, o que se espera do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é o prestígio de tal decisão. Com o que teremos a conciliação entre valores constitucionais de primeira grandeza: a liberdade individual, de um lado, e o postulado da justiça penal eficaz, de outro. Mas justiça penal eficaz que não se alcança com o sacrifício do devido processo legal.

Termino o meu voto, apenas fazendo uma brevíssima ressalva de que não estou entrando em contradição, quando há pouco tempo defendi a não aplicabilidade desse direito à presunção de não culpabilidade na esfera eleitoral. É que a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros



HC 84.078 / MG

constitucionais. Mas, no plano da liberdade individual, em matéria estritamente penal, o meu voto, aqui, é pela concessão do **habeas corpus**.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'G' followed by a few horizontal strokes.

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, tenho exteriorizado, até largamente, meu ponto de vista a respeito desse valiosíssimo princípio constitucional do art. 5º, inc, LVII, em especial quando, integrando o Tribunal Superior Eleitoral, votei no famoso caso de candidato a deputado federal do Rio de Janeiro e, nesta Corte, nos outros casos das chamadas “fichas sujas”. E, pois, poderia até, não apenas diante desses pronunciamentos, mas sobretudo dos votos que me antecederam, em particular do Ministro Ricardo Lewandowski, que evocou a origem histórica do princípio, limitar-me a breves considerações. Mas vou aproveitar a oportunidade, Senhor Presidente, pela altíssima relevância deste precedente, para deixar claro meu pensamento, pelo menos sobre dois ou três pontos, que, receio, não tenham sido suficientemente explicitados naquelas intervenções anteriores.

Não vou fazer longo histórico, mas tenho de recorrer à História para dar certo encadeamento lógico-jurídico a meu pensamento, recordando que esse princípio foi, como objeto normativo, enunciado, pela primeira vez, em 1789, com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, da Revolução Francesa, inspirado na obra de Beccaria, a qual antecede à Revolução em



HC 84.078 / MG

poucos anos – a obra de Beccaria é de 1764 -, e na qual o autor afirma, depois de considerações extremamente graves, que a um homem não se pode chamá-lo de culpado (*réu*) antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe proteção pública, até o momento em que fique decidido que violou as convenções pelas quais aquela proteção lhe fora outorgada.

Vossas Excelências se recordam de que Beccaria, um aristocrata, mas iluminista, sustentava a tese de que os cidadãos depositam na mão do Estado, dela abdicando, parte de sua liberdade, para que com ela o Estado os proteja na substância residual dessa mesma liberdade. E Beccaria afirmava tal necessidade diante do caráter extremamente arbitrário do processo penal de então. Para resumir, esse era, no fundo e substancialmente, instrumento de defesa dos interesses do soberano e, por conseguinte, de perseguição política.

Daí, aliás, entre outras notas, a justificação do emprego legalizado de todos os meios possíveis para obtenção da confissão, considerada a rainha das provas, que, como tal, bastava para a condenação. Para encurtar, a tortura e os suplícios institucionalizados só foram abolidos cinco anos antes da Revolução Francesa!

Abstraindo outros aspectos, tratava-se, portanto, de processo extremamente injusto, que contava, ademais, como serviço às suas finalidades arbitrárias, o chamado sistema da *prova legal*, invenção dos escolásticos para dar certa consistência lógica às conclusões do processo inquisitorial e segundo a qual as provas guardavam valor aritmético diferenciado, como ainda se vê ao

HC 84.078 / MG

aforismo - que, não poucas vezes, é invocado nos processos, esquecendo-se de que é só reminiscência daquele sistema indefensável -, do **testis unus, testis nullus** (uma só testemunha é testemunha nenhuma, ou seja, não provava nada).

Logo - e esta é a primeira conclusão do ponto de vista histórico -, a consagração do chamado princípio de inocência do réu aparece nítido como reação política contra a maneira como o réu era tratado no processo. É, portanto, uma conquista histórica sobre o modo de tratamento processual do réu, uma reação contra o tratamento desumano e injusto que lhe dispensava o Estado.

O segundo momento relevante deu-se na Itália, durante não apenas os entrecosques das escolas clássica, positivista e técnico-jurídica, mas também nos famosos debates da Constituição Italiana de 1948, onde se discutiram os fins do processo e as alternativas quanto à condição processual do réu. De um lado, sustentava-se que o processo penal serve para a defesa do réu e da cidadania e, nisso, prevalecia o ponto de vista encabeçado por Carrara. Outra corrente, sobretudo a positivista, que tinha em Ferri um dos chefes de escola, professava que o processo é, antes de tudo, instrumento de defesa da sociedade e do Estado. E, daí, as alternativas entre considerar o réu, no curso do processo, inocente ou culpado, ou, ainda, sob terceiro termo, que nunca foi bem definido, mas que se expressava na palavra "processado" ou "acusado" Quem era "processado", ou réu, não era inocente, nem culpado. Cuidava-se do conceito impalpável de **tertium genus**, que poderia justificar a previsão de uma série de medidas, entre as quais prisão preventiva etc..



HC 84.078 / MG

Esse debate, que não impediu a inscrição do princípio na Constituição italiana e inspirou nossa atual Constituição da República, girava, portanto, já não sobre o modo de tratamento do réu no processo, mas sobre o modelo do processo que o Estado deveria adotar.

E o terceiro momento foi a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, a partir da qual a doutrina e os tribunais, em muitos países, passaram a dar atenção a outro aspecto ou alcance do princípio, no sentido de regular o tema do ônus da prova no processo penal.

Bem, a primeira ênfase que proponho é deixar claro que, quando se alude a princípio da *presunção* da inocência, se usa de metáfora, porque não temos, no caso, nenhuma presunção.

O Direito conhece duas modalidades de presunção: a **iusuris** e a chamada presunção **hominis**. A presunção **iusuris**, como todos sabemos, é técnica operacional pela qual o Direito cria suas realidades de acordo com aquilo que, fora do Direito, ordinariamente acontece. Exemplo escolar é a chamada **praesumptio pater is quem**, que corresponde, ordinariamente, àquilo que acontece nas famílias, em que o marido da mãe é, ordinariamente, o pai da criança.

A segunda espécie de presunção, a **hominis**, é só técnica ou modalidade de raciocínio, que se dá sobretudo no processo de convicção do juiz. Parte-se de fato conhecido e, por indução, pela experiência, chega-se à existência de fato desconhecido. Isso é o que se denomina presunção **hominis**.



HC 84.078 / MG

Ora, o princípio não trata de algum dado estatístico de que a grande maioria dos réus seria inocente no processo penal, logo não é nem pode ser presunção *luris*, e, muito menos, forma de raciocínio do juiz. O uso da palavra *presunção* deve-se apenas a ter sido o verbo usado na *Declaração* de 1789, mas sem nenhum dos significados técnico-jurídicos a que se liga o uso do termo.

Depois, tampouco significa algum juízo antecipado sobre a culpabilidade ou a inocência do réu. Quando se diz que se deve adotar, no processo, a *presunção* de inocência, não se diz que o Estado, mediante o ordenamento, considera o réu inocente. Isso seria juízo de fato, juízo empírico, que está longe do contexto, da finalidade e do alcance do princípio. Este não constitui afirmação empírica, não é afirmação sobre a verdade de fato de os réus dos processos terem, ou não, cometido os crimes que se lhe atribuem no processo.

O que é, afinal, esse princípio? É apenas um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade da pessoa humana, que é a do réu no processo penal. Noutras palavras: que a pessoa humana, que seja réu no processo penal, não perde sua dignidade por sê-lo. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo.

Daí, aliás, a boa lembrança daquela velha expressão latina **reus sacra res**, o réu é coisa sagrada e, desse ângulo, o princípio aponta não apenas

HC 84.078 / MG

para a necessidade de um tratamento condigno ao réu no curso do processo penal, mas também de que este concretize o modelo de processo que, hoje, diríamos liberal ou de caráter *garantístico*.

Diante desse quadro, o conteúdo jurídico do princípio é, nada mais nada menos, que a expressão de uma garantia no sentido substancial, não no sentido de remédio processual; no sentido substancial de o ordenamento jurídico, em relação ao réu, não lhe poder impor nenhuma medida que atinja sua esfera ou patrimônio jurídico, no sentido largo do termo, enquanto não sobrevenha sentença definitiva condenatória. Ou seja, o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional.

E a razão é óbvia, não apenas pela irreversibilidade das medidas gravosas, sobretudo da prisão, diante dos riscos de privação da liberdade de um inocente - e recordei, há pouco, aquela outra observação de Beccaria de que nem a sociedade, nem a humanidade ganham coisa alguma com a restrição de liberdade de alguém que a final seja considerado inocente-, como porque, e sobretudo, ofende um sentimento inato de justiça, que até as crianças têm. Uma criança é capaz de se rebelar contra punição injusta!



HC 84.078 / MG

E, evidentemente, o princípio não pode deixar de repercutir também no campo do ônus da prova - mas aqui não quero fazer nenhuma observação em particular sobre o tema, porque não interessa a este caso.

Ora, qual é, por via de consequência, a extensão ou o alcance jurídico último desse princípio? Sua extensão ou alcance é elucidado por outro princípio constitucional, a que nem sempre se dá a qualificada importância que guarda no tema e que é o princípio do devido processo legal (*due process of law*).

Tenho insistentemente lembrado que o devido processo legal não é apenas o processo regulado pela lei, porque nisso já seria legal. A Constituição exige mais, exige que o processo, além de ser *legal*, seja *devido*. E, evidentemente, não é o ser devido por lei, que é o *legal*. Devido, então, a que título? A experiência constitucional norte-americana, sobretudo da interpretação desse princípio na história do Direito anglo-saxão, demonstra que a expressão “*due*” - traduzida por nós como *devido* - sempre compreendeu um apelo para *ideais de justiça*. Noutras palavras, o processo, segundo a Constituição, tem que ser *legal*, mas ao mesmo tempo responder às exigências de uma concepção de justiça num dado momento da sociedade, ou seja, *devido por justiça*.

Daí, a atual Constituição italiana, até porque sempre se deu ali muita atenção à experiência norte-americana sobre o devido processo legal, ter introduzido, anos atrás, a um dos seus artigos, nova redação, onde - se não me falha a memória, art. 111 - fala agora no “*giusto processo regolato dalla legge*”, isto é, o processo que, além de ser regulado pela lei, deva ser justo.

 7

HC 84.078 / MG

Ora, não consigo conceber um *processo justo* onde se aplique a alguém, pelo mero fato de ser réu, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação de sua liberdade. Um processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser *legal*, mas *justo* não é, e, não sendo *justo*, não é processo que atenda ao princípio constitucional.

Diante de tudo isso, Senhor Presidente, pergunto-me: e a questão da falta de efeito suspensivo do recurso? Ela, evidentemente, não pode ter nenhuma força contra o princípio constitucional. É de todo em todo inaplicável, não tem eficácia, não incide nesta matéria, sob pena de ofensa à garantia constitucional.

Outra inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil, que bem poderia corresponder a absoluta inconseqüência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser enunciado de caráter só moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito!

E, mais do que isso - como já havia antecipado, por conta de pequena nota aqui -, não posso, sem grave contradição, depois de ter participado do julgamento plenário do **RE nº 482.006**, tomar outra atitude neste julgamento, senão reafirmando todo o alcance do princípio, agora para proteger um dos mais importantes bens jurídicos que caracterizam a dignidade da pessoa humana, que é a sua liberdade física, e que, nos termos do velho Beccaria, a

HC 84.078 / MG

sociedade não pode furtar-se a proteger, enquanto juízo, em caráter definitivo, não lhe reconheça culpabilidade.

São as razões pelas quais, Senhor Presidente, pedindo vênia a todos os votos divergentes, pelos brilhantíssimos votos que já foram dados pelos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, vou acompanhar integralmente o eminente Relator, concedendo a ordem.



05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**V O T O**

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Senhor Presidente, desejo iniciar a minha manifestação ressaltando – e o faço com muita ênfase – o profundo respeito que guardo pelas posições manifestadas neste Plenário e que são diversas da que manifestarei a seguir.

Em segundo lugar, manifesto também a minha profunda preocupação com os rumos que o julgamento já toma. Creio que o julgamento deste caso transcende em muito ao caso concreto. Revela, Senhor Presidente, antes de mais nada, a falibilidade humana e a falibilidade deste Plenário, porque estamos a alterar jurisprudência velha de vinte anos, em regime plenamente democrático, formada por nada menos que todos os luminares que nos antecederam nessas cadeiras. E sobre uma matéria que não é matéria de somenos; uma matéria que diz respeito a direitos fundamentais, tema de liberdade humana. Portanto estamos concluindo, ao que tudo indicá, na sessão de hoje, que estiveram equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos.

Também percebi, Senhor Presidente, pelo andamento das discussões, que o Tribunal se encaminha para considerar possível o recolhimento à prisão, após julgamento de segunda instância confirmando a decisão originária, a decisão de primeiro grau, portanto quando já não mais cabe reexame nem de fatos nem de provas, só as hipóteses que caberiam na letra estrita do art. 312.

Faço questão de revisar esse art. 312 para que nós possamos ter a dimensão exata de qual será a hipótese possível em que a sentença condenatória confirmada em segundo grau venha a ter alguma eficácia.

HC 84.078 / MG

A prisão preventiva, como todos sabem, pode se dar por garantia da ordem pública. O Ministro Carlos Britto muito brilhantemente nos recordou que este é um princípio extremamente vago, de difícil aplicação, muito mais frequentemente rejeitado no reexame dos tribunais.

Pode ser também decretada por garantia da ordem econômica. E, aqui, nós estamos diante de uma hipótese ainda mais difícil de ser caracterizada, porque ordem econômica, naturalmente, é aquela ordem econômica mais ampla, ordem nacional. Quem sabe, talvez, pudesse atentar contra a ordem econômica nacional algum ato do Presidente do Banco Central. Fora disso, realmente, muito difícil chegarmos a configurar essa hipótese.

A terceira hipótese é a da conveniência da instrução criminal – já não aplicável, porque a instrução criminal se encerrou. Portanto, ao invés de termos quatro pressupostos, temos apenas três.

Há, ainda, a última hipótese, para assegurar a aplicação da lei penal. Neste caso concreto, Senhor Presidente, o eminente Ministro Menezes Direito foi extremamente cuidadoso ao referir que o réu, na hipótese, está vendendo todo o seu patrimônio; preparando-se, portanto, para colocar-se em condições de evadir-se à aplicação da lei penal.

No entanto, também, essa hipótese muito concreta que se verifica aqui não está sendo considerada pelo Plenário.

Portanto, chego à conclusão de que raras, raríssimas serão as hipóteses em que esta Corte concederá qualquer valia, seja à sentença de primeiro grau, onde extensamente foi examinada prova e fato, ou à sua eventual confirmação pelo segundo grau de jurisdição que, como todos sabemos, tem ampla liberdade para revisar a produção dessas provas e definir a certeza sobre os fatos.

Portanto, essa é a situação, essa é a consequência deste julgamento.

HC 84.078 / MG

Mas, feita essa digressão, peço vênia para tomar algum tempo do Plenário com a leitura de um voto, que já havia preparado para outras questões em que havia pedido vista anteriormente, mas a apresentação deste caso me enseja retomar o tema:

“1. A questão central debatida neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade (ou não) de expedição do mandado de prisão contra pessoa que teve sua condenação mantida ou imposta na segunda instância dos órgãos jurisdicionais locais. Tal hipótese envolve a temática do esgotamento das instâncias ordinárias e, conseqüentemente, de imposição da prisão em decorrência da condenação ainda não transitada em julgado.

Princípio Constitucional da Presunção de Não-Culpabilidade (art. 5º, LVII).

2. Dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal – e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores – é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado. Todavia, a sentença condenatória que seja mantida pelo tribunal após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa a salvo tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.

HC 84.078 / MG

3. Segundo entendo, a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz). Longe estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Naquele tempo, nem tão distante, mas felizmente superado, o recolhimento à prisão era a regra. A simples suspeita levantada contra alguém podia levá-lo à prisão por tempo indefinido. Foi este o uso, por exemplo, na França pré-revolucionária, onde o encarceramento, mais que uma política de controle da criminalidade, servia como hábil método de coerção sobre a vontade de devedores relapsos e até mesmo de filhos rebeldes. A rica literatura da época nos oferece excelentes relatos a esse respeito.

Mais recentemente, o direito soviético também optou por esse “privilégio da acusação”, e a crônica literária, ainda aqui, nos dá conta das violações de direitos decorrentes. No campo mais ameno da sátira, é conhecida a história da lebre que, ao cruzar a fronteira da ex-URSS, encontrou-se com uma doninha. Esta lhe perguntou: “Por que você está fugindo?” Diz a lebre: “Mandaram prender todos os camelos.” E a outra, atônita: “Mas você não é um camelo!” “Claro”, remata a lebre, “mas como é que eu faço para provar isso?” O Ministro Celso de Mello, no brilhante voto proferido no HC 73.338, lembrou que entre nós o Estado Novo *“com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, criou para o réu a obrigação de provar a sua própria inocência.”* Ora, se aos simples acusados, o direito de então não resguardava do encarceramento, menos ainda aos condenados em processos conduzidos muitas vezes sem oportunidade para o contraditório e o exercício efetivo do direito de defesa.

Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória confirmada pelo

HC 84.078 / MG

tribunal. Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inaniidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminososa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressentente.

4. Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art. 5º, LIV). O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela promotoria e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não sejam obtidos por meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessas circunstâncias, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisprudencial que lhe está à altura.

É, num quadro de grande rigor formal, que, uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau, tal demonstração embasará a sentença condenatória que nela deverá fundar suas conclusões, em relação necessária de causa e consequência lógica. A sentença é silogismo pelo qual se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas constantes dos autos. E sua confirmação pelo tribunal culmina por impedir qualquer rediscussão sobre questões de fato relacionadas ao caso concreto.

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, para que, só então, se dê consequência à sentença

HC 84.078 / MG

condenatória. Essa extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão, a partir da sentença condenatória de primeira instância. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Essa análise não podem fazê-lo nem o Superior Tribunal de Justiça e nem o Supremo Tribunal Federal. Tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo (Lei 8.038/90, art. 27, § 2º). Não creio que a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366.

Nesta linha, vale lembrar, mais uma vez, as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026:

“Há países onde se pode conviver, sem conseqüências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.”

HC 84.078 / MG

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

5. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, “não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade” (HC 73.151, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996). Vejamos o seu teor:

“Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas”. (artigo 7º, nº 2)

Vale dizer, o que a Convenção está a reafirmar é a antiga regra segundo a qual a prisão só se pode efetuar nas hipóteses autorizadas pelas Constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação editada em sua conformidade. Sua redação não significa indenidade contra efeitos de sentenças condenatórias regularmente proferidas e mantidas pelo tribunal, após instrução processual regular em que assegurado o direito de defesa, nos termos da legislação interna de cada país.

Além do mais, o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. Di-lo o Professor José Frederico Marques, citado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.366:

“Vigora no Direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derogá-lo em hipóteses especiais.”

E mais. O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a “superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos” (Min. Francisco Rezek, no HC 72.366). Seria demasia, segundo

HC 84.078 / MG

penso, tentar interpretar o Pacto de San José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva deste país. Leia-se o artigo 25, § 1º, da Convenção:

“Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

Portanto, quando a Convenção, nesse artigo, fala em recurso simples e rápido, não está a significar apelação ou acesso ao segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição. O termo recurso, aí empregado, remete à possibilidade, meio ou modo de obter-se remédio pronto contra prisão ilegal. Por isso mesmo, faz destinatários da súplica os juizes e os tribunais competentes, atento às diferentes formas de organização judiciária. Em resumo, a garantia posta em tal artigo encontra-se incluída no conteúdo do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal:

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)”

É mais ampla a proteção pela Constituição Federal. Ela obriga a própria autoridade a submeter a prisão ao crivo do juiz competente. A não ser que se pretenda tomar literalmente uma versão deficiente como a letra definitiva da Convenção, é forçoso reconhecer que também ali não foi consagrado como garantia inarredável o duplo grau de jurisdição. Recurso, na redação do art. 25, § 1º, da Convenção, não significa manifestação de inconformidade contra uma decisão judicial.

HC 84.078 / MG

O Princípio da Proporcionalidade.

6. O princípio da proporcionalidade é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe, também, a insuficiência. De fato, a noção de proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, de um lado a proibição do excesso, de outro, a proibição da insuficiência.

Não identifico excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não modificada, uma sentença condenatória mantida pelo tribunal. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada. Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto graus de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias. Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.

Ademais, frágil me parece, com a vênia devida, a tese de que as formas diferentes de execução de uma sentença civil proferida contra devedor inadimplente e de uma sentença penal proferida contra sujeito ativo de crime possam comprometer o princípio da proporcionalidade na esfera penal, apenas porque constituem tratamento normativo desigual. Os bens jurídicos tutelados são diversos e diversas, portanto, as formas de execução.

7. Ressalto, ainda, que enquanto a condenação não for mantida pelo terceiro grau de jurisdição, o condenado não ingressa no regime prisional. Aguarda, em presídio próprio, a definitividade da condenação. Só depois da carta de guia é que inicia o cumprimento da pena no regime prisional que foi estabelecido pela sentença condenatória. Não se cuida, portanto, de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação mantida pelo segundo grau de jurisdição, dado que os recursos

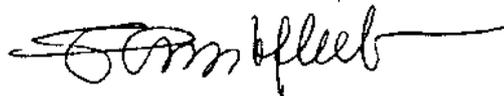
HC 84.078 / MG

especiais ou extraordinários não se prestam ao reexame da prova, nem dos fatos.

8. Diante do exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.”

Por todas essas razões, renovando as vênias aos eminentes Colegas, especialmente ao Ministro-Relator, denego a ordem de *habeas corpus*.



05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAISESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhor Presidente, uma questão de fato, para esclarecimento.

De fato, há notícia nos autos de que o paciente vendeu todo o patrimônio, por isso foi negada a liminar. Posteriormente, ele demonstrou que vendeu o patrimônio para mudar de ramo comercial. Por essa razão, o Ministro Nelson Jobim, à época, concedeu a liminar.



05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, voto na matéria que, pela vez primeira, o Tribunal enfrenta, fazendo-o em nono lugar. E, até aqui, tem-se cinco votos concedendo a ordem e quatro votos indeferindo-a. O Tribunal está dividido.

Costumo dizer - e, por experiência doméstica, não concordo com isso - que a pena judicante penal feminina é pesada. Penso que é cuidadosa, sensível às balizas do conflito de interesses.

No caso concreto, não cabe discutir se recurso de natureza extraordinária possui ou não eficácia suspensiva. É estreme de dúvidas que não possui. Tanto que, se se quer imprimir esse efeito ao recurso, há necessidade de ajuizar-se ação cautelar pleiteando ao órgão julgador, ao relator, que o faça.

O que se deve definir é se podemos agasalhar, no campo penal - em jogo a liberdade de ir e vir -, as duas espécies de execução: a execução definitiva e a provisória. O que prevalece - e ninguém tem dúvida quanto a isso - no campo patrimonial? Se o recurso possui o tríplice efeito - o primeiro de obstaculizar a coisa julgada, o segundo, o devolutivo e o terceiro, o suspensivo -, não cabe qualquer tipo de execução. Se o recurso possui apenas os dois primeiros efeitos, é possível, com as cautelas próprias, a execução dita provisória e portanto precária. Mas, os atos de



HC 84.078 / MG

construção esbarram na garantia do juízo ou na caução a ser prestada pelo exequente sequioso de acionar o título judicial.

Isso ocorre porque é possível o retorno ao *statu quo ante*, retornar-se ao estado anterior. Indago: presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica.

Quando o Superior Tribunal de Justiça editou o Verbete nº 267, confesso que estranhei essa edição de verbete que revela, não tendo o recurso especial efeito suspensivo, ser possível executar-se - a meu ver de forma açodada, precoce, de forma temporã - a pena imposta ao acusado.

Todos estão de acordo. É possível, ainda que o acusado tenha respondido ao processo em liberdade, chegar-se a uma preventiva, quer via sentença, quer acórdão. Evidentemente, essa preventiva estará colocada no campo da absoluta excepcionalidade, exigindo-se apego fidedigno ao que contido no artigo 312 do Código de Processo Penal. Mas, aqui, não se trata de discutir essa possibilidade. O que estamos discutindo é se, havendo uma condenação ainda passível de reforma mediante recurso, pode-se acionar o título condenatório para iniciar-se o que será, sem sombra de dúvidas, a execução da pena. A meu ver, não. Surge o aspecto alusivo à quadra

HC 84.078 / MG

vivenciada pela sociedade brasileira - quadra que admito de delinquência maior. Mas, nessas horas em que se busca com afinco a persecução criminal, para não se descambar para o justicamento, há de haver o apego às franquias constitucionais e legais, geralmente acionadas por aqueles que, ante as vicissitudes da vida, cometeram um desvio de conduta.

Presidente, desde a primeira hora, sustentei, na Turma, esse ponto de vista segundo o qual não cabe confundir princípios, institutos, expressões e vocábulos a ponto de ter-se o embaralhamento, na discussão, da eficácia do recurso com a execução - imprópria no campo penal - de sentença ou decisão/gênero ainda passível de reforma mediante recurso, contrariando-se, a mais não poder, para mim, o princípio da não-culpabilidade.

Somo meu voto ao do relator, aos votos dos ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso, no sentido de deferir a ordem, tendo o Verbete nº 267 do Superior Tribunal de Justiça como conflitante com a Constituição Federal.

É como voto.



05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso.

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Tenho voto escrito sobre o assunto. Já havia me manifestado em outra oportunidade, mas vou poupá-los da leitura, tendo em vista o extenso debate desenvolvido. Farei apenas a juntada.

Faço algumas observações rápidas apenas para dizer que - e eu citei no debate -, sem dúvida, a questão da efetividade no combate à criminalidade é um postulado relevante em toda a discussão, mas, como já demonstrara naquela assentada, no Plenário, o Ministro Cezar Peluso, nada impede que o juiz ou o próprio tribunal de apelação possa fixar a prisão preventiva nessa sede.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Em qualquer fase do processo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Exatamente, em qualquer fase do processo. E nós vimos - pelo menos na jurisprudência da Segunda Turma, e imagino que também da Primeira

HC 84.078 / MG

Turma - que muitas vezes o juiz, sem essa consciência, fundamentava dando as razões, porque determinava a prisão, e a jurisprudência da Turma encaminhou-se no sentido da sua aceitação. Por outro lado, falou-se da inefetividade do processo criminal entre nós.

Eu tenho dados, decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça, que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade, o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São quatrocentos e quarenta mil presos (dados de 2008), dos quais cento e oitenta e nove mil presos provisórios. Muitos deles há mais de dois, há mais de três anos, conforme se tem encontrado nesses mutirões do Conselho Nacional de Justiça. Portanto, se nós formos olhar por Estados, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar alguns Estados com oitenta por cento dos presos nesse estágio provisório.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Nos mutirões realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, encontraram-se presos, por exemplo, no Estado do Piauí, que estavam - em números muito expressivos - há mais de três anos presos, provisoriamente, sem denúncia apresentada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sem denúncia?

HC 84.078 / MG

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sem denúncia. No Estado do Piauí, há até uma singularidade. O Secretário de Segurança ou a Secretaria de Segurança do Estado do Piauí concebeu um "inquérito de capa preta", significando que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira, muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público.

Quanto aos HCs; O Ministro Ricardo Lewandowski, quando nós discutimos a questão das tais fichas, ADPF nº 144, trouxe um levantamento sobre os REs criminais e a plausibilidade de êxito. Agora, vejam os Senhores que, no levantamento do ano passado, nós tivemos, dos **habeas corpus** conhecidos no Tribunal, a concessão de trezentos e cinqüenta e cinco HCs. Isso significa mais de um terço dos **habeas corpus**. Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias, saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, pelo STJ, nós temos esse índice de concessão de **habeas corpus**. E, em geral, as discussões, hoje, especialmente as discussões jurídicas, travam-se não em sede de recurso extraordinário, mas em sede de **habeas corpus**, dada a possibilidade de que se maneje esse instrumento. Mas em relação também aos números de recursos extraordinários? Levantamento que fizemos na última hora, aqui, no Supremo Tribunal Federal, entre REs e agravos de instrumentos tratando de tema criminal, 1.749, dos

HC 84.078 / MG

quais 300 interpostos pelo Ministério Público. Portanto, não é um número tão expressivo. Tenho a impressão de que, com todas as vênias - e é claro ser justa a preocupação, tendo em vista a efetividade da Justiça criminal -, há meios e modos de lidar com esse tema, a partir da própria visão ampla da prisão preventiva, para que, naqueles casos mais graves, o próprio legislador, aqui, possa atuar. Penso que há proposta nesse sentido, no sentido de redimensionar a idéia da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, vê-se que há um abuso da prisão preventiva. O Ministro Celso tem liderado, na Turma, nesse sentido. Lembro-me de lições quanto, por exemplo, aos crimes de bagatela - em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dente, um chinelo, coisas assim. Portanto, não se cumpre minimamente aquilo que foi citado pela Ministra Ellen Gracie, aquela comunicação feita ao juiz para que ele atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva, do contrário o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar.

Estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal. Por outro lado, eu tenho a impressão - e faço aqui algumas considerações, conforme já fiz em outro momento - de que nós estamos nesse processo permanente de



HC 84.078 / MG

transição, especialmente no Direito Constitucional, conforme considerações do mestre Häberle:

"O Direito Constitucional vive, **prima facie**, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se **passado e futuro** estiverem nela associados."

E Häberle prossegue num texto fantástico chamado *Zeit und Verfassung* (Tempo e Constituição).

Diz ele:

"O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la."

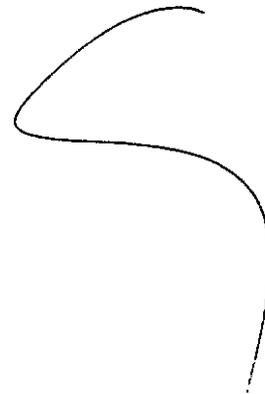
"O tempo sinaliza ou indica uma reunião (ensemble) de forças sociais e idéias. (...) A ênfase ao 'fator tempo' não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como 'sujeito' de transformação ou de movimento (...) A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias(...)."

É um pouco essa corrida de revezamento por que passam as instituições. Por isso que as composições anteriores não nos vinculam. Esse é um processo contínuo. Eu estou absolutamente tranqüilo de que nós poderemos dizer: a decisão que se tomou no passado era correta, como é correta a decisão que hoje se está a

HC 84.078 / MG

tomar, à luz, inclusive, dos pressupostos fixados no texto constitucional.

Portanto, também eu, pedindo todas as vênias ao magnífico voto do Ministro Menezes Direito, do Ministro Joaquim Barbosa, da Ministra Cármen Lúcia e ao excelente voto da Ministra Ellen Gracie, acompanho o Relator e todos aqueles que se manifestaram também nesse sentido, para deferir a ordem.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a single continuous line that forms a shape resembling a large 'S' or a similar cursive flourish.

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**V O T O****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:****Introdução**

Discute-se no presente writ o cabimento da emissão de mandado de recolhimento do réu ao cárcere antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, determinada ao ensejo do julgamento de recurso de apelo em segundo grau de jurisdição.

Tal prática se disseminou nos Tribunais de Justiça e Regionais Federais ante o efeito puramente devolutivo que cerca os recursos especial e extraordinário, conforme o disposto no art. 26, §2º, da Lei nº 8.038/90, bem como eventuais agravos de instrumento interpostos ante a negativa de seguimento.

Proclama a Constituição em seu art. 5º, inciso LVII: "ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Há, portanto, que se examinar a compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a ordem de recolhimento quando ainda não houver decisão judicial transitada em julgado contra o acusado.

A orientação tradicional do Supremo Tribunal Federal

Esta Corte vinha reconhecendo, sob o regime constitucional em vigor, a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso.

A questão foi bastante discutida no HC 72.366, da relatoria do Min. Néri da Silveira, quando este Plenário, por maioria, reconheceu a validade do art. 594 do Código de Processo Penal em face da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

Habeas Corpus. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de Processo Penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. *Habeas Corpus* denegado e cassada a medida liminar. (HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 13.9.1995, DJ 26.11.1999)

Essa orientação já era a dominante em ambas as Turmas do Tribunal. Nesse sentido, dentre outras, foram as decisões proferidas no HC 69.263, 2ª Turma, Rel. para acórdão Min. Carlos Velloso, julg. 07.04.92, DJ 09.10.92; HC 69.559, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. 22.09.92, DJ 30.10.92; HC 71.053, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 22.02.94, DJ 10.06.94.

Tal entendimento veio a ser estendido para as leis especiais que exigem a prisão do condenado para a interposição de recurso de apelação. Destaco as seguintes decisões:

a) *HABEAS CORPUS*. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE CUSTÓDIA PARA APELAR. Apelação não conhecida ao argumento de que, negado o benefício da liberdade, o réu não se recolhera à prisão para recorrer. O artigo 2.º - par. 2.º da lei de crimes hediondos prevê, como

regra, a compulsoriedade do encarceramento. *Habeas corpus* indeferido. (HC 70.634, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, julg. 09.11.93, DJ 24.06.94).

b) *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO EM LIBERDADE. Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes em associação, pois trata-se de crime hediondo (L. 8072/90, art. 2º). A constitucionalidade da L. 8.072/90 é reconhecida pela jurisprudência do Tribunal. *Habeas corpus* indeferido. (HC 80.412, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. 03.10.00, DJ 17.08.01)

c) PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TÓXICOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. RECOLHIMENTO À PRISÃO. LEI 6.368/76, art. 35. I. - O condenado por crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 não pode apelar sem recolher-se à prisão (Lei 6.368/76, art. 35). II. - H.C. indeferido. (HC 72.603, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 26.09.95, DJ 24.11.95)

d) *Habeas corpus*. Interpretação conjugada do artigo 35 da Lei n. 6.368/76 com o parágrafo 2. do artigo 2. da Lei n. 8.072/90. A presunção de inocência não impede a prisão em virtude de sentença condenatória ainda pendente de recurso. - Da conjugação dos artigos 35 da Lei 6.368/76 e do parágrafo 2. do artigo 2. da Lei 8.072/90, resulta que a proibição absoluta imposta por aquele foi parcialmente alterada por este (o que importa derrogação e não ab-rogação), transformando-se em proibição relativa, já que admite que a regra - que e a proibição de apelar solto - seja afastada (o que e exceção) por decisão fundamentada do Juiz em sentido contrário. - Esta Corte já decidiu, inclusive por seu Plenário, que a presunção de inocência constante no artigo 5º, LVII, da atual Constituição não impede a prisão em virtude de sentença condenatória ainda pendente de recurso. *Habeas corpus* indeferido. (HC 69.667, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 01.12.93, DJ 26.02.93)

e) PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO. NECESSIDADE DE O RÉU RECOLHER-SE À PRISÃO. ARTS. 12 E 35 DA LEI 6.368/76 (LEI DE TÓXICOS), C/C ART. 2º, PAR. 2º, DA LEI 8.072/90 (CRIMES HEDIONDOS). I. - Necessidade de o réu recolher-se à prisão para apelar. II. - Não se aplica o disposto no art. 2º, par. 2º, da Lei 8.072/90, se o réu

já se encontrava preso quando da sentença condenatória. III. - A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória - C.F., art. 5º, LVII - não revogou o art. 594 do C.P.P. IV. - H.C. indeferido. (HC 71.889, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 29.11.94, DJ 24.02.95)

Relativamente a uma das leis objeto da presente discussão, assim firmou a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. - Se, em se tratando de crime de quadrilha ou bando, não pode o réu apelar em liberdade (artigo 9º da Lei 9.034/95), não tem ele direito à liberdade provisória enquanto não for julgado seu recurso especial e não transitar em julgado sua condenação. *Habeas corpus* indeferido. (HC 75.583, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 9.9.1997, DJ 10.10.1997)

Votos vencidos

É verdade, também, que essa posição foi fortemente contestada em diversos votos vencidos. Transcrevo aqui passagem do Ministro Marco Aurélio, reiteradamente manifestada:

Procede o inconformismo dos Recorrentes quanto à incompatibilidade da regra do artigo 594 em comento com a nova ordem constitucional. Esta é explícita ao revelar como garantia constitucional que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei" (inciso LXI, do artigo 5º). Ora, de prisão em flagrante delito não se cuida nem de hipótese de prisão preventiva em que se exige ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Também não se tem no caso dos autos o envolvimento de transgressão militar ou de crime propriamente militar. Excluídas as hipóteses contempladas no referido inciso, conclui-se que a prisão deve estar lastreada na certeza da culpa do condenado. Se o inciso LVII do mesmo artigo 5º consigna que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impossível é ter como harmônica

com a Constituição Federal a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal. Trata-se de extravagante pressuposto de recorribilidade que conflita até mesmo com o objetivo do recurso. É contraditório exigir-se daquele que deseja recorrer e, portanto, mostra-se inconformado com o provimento condenatório que se apresente no estabelecimento penal para verdadeiro início do cumprimento da pena. Por outro lado, a inexistência da primariedade e dos bons antecedentes não é de molde a respaldar a prisão. Diz respeito a procedimentos pretéritos do condenado que não formam base ao título condenatório, em relação ao qual se insurge. Impossível é conceber que o recolhimento a ser efetuado seja fruto da inexistência da primariedade e dos bons antecedentes, pois, caso contrário, estar-se-ia incidindo em verdadeiro bis in idem.

O que se nota é o balizamento rígido pela Constituição Federal das hipóteses que podem motivar a prisão. Já havendo provimento condenatório, indispensável é que se tenha a culpa do condenado como intangível, ou seja, revelada em sentença judicial trânsita em julgado. A ênfase emprestada pela atual Carta à liberdade exclui que se possa cogitar de verdadeira antecipação do cumprimento da pena, o que ocorrerá caso se imponha o recolhimento do condenado para que possa ver conhecido o recurso que interpôs. O exercício da ampla defesa - e neste está compreendida a interposição de recurso - fica comprometido a partir do momento em que se impõe a necessidade de atender-se a pressuposto que nada tem a ver em si com o recurso, porque ligado à observância, embora temporária, da própria sentença condenatória. Na verdade, subsiste como único móvel da expedição do mandado de prisão o provimento condenatório que, até o trânsito em julgado, por si só, não a respalda, sob pena de presumir-se o extravagante, ou seja, a culpa. (HC 69.263, Rel. para acórdão Min. Carlos Velloso, DJ 9.10.1992)

Também o Ministro Sepúlveda Pertence opôs-se à intangibilidade da prisão para apelar sob a égide da Constituição de 1988:

(...) 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.

Ora, não nego que ainda que o réu tenha respondido ao processo em liberdade, a superveniência da sentença condenatória, somada às circunstâncias do caso, possa aconselhar o seu recolhimento à prisão, a título de medida cautelar. Mas, como toda medida cautelar, ela há de ser fundamentada; fundamentada na necessidade cautelar da prisão. Senão Senhor Presidente, a privação da liberdade será, de fato, antecipação de execução de pena. E antecipação de execução da 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. (HC 69.964, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 1º.7.1993)

O Ministro Ilmar Galvão assim fundamentava a sua posição:

O mandado de prisão, expedido em cumprimento a sentença condenatória trânsita em julgado, é fora de dúvida que satisfaz à exigência constitucional de ordem escrita e fundamentada. O fundamento está na própria condenação, quando já insuscetível de modificação pelos meios ordinários.

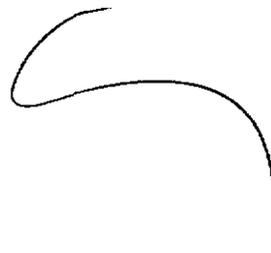
Sentença, nas condições apontadas, é sentença preparada para execução que, no caso da pena privativa de liberdade, se inicia pela expedição do mandado de prisão.

Diversa é a situação da sentença condenatória ainda sujeita a recurso. Em face do princípio da presunção da ausência de culpa, insculpido no inc. LVII (art. 5º), não pode servir de fundamento a uma ordem de prisão. Eventual mandado de prisão que, em função dela, for expedido, configurará hipótese de prisão desfundamentada e, por conseguinte, desautorizada no inc. LXI.

(...)

Não se prestam, pois, para a demonstração do requisito do *periculum in mora*, simples presunções legais, proscritas pelo inc. LVIII, como a decorrente da qualificação subjetiva do agente, da tipologia do crime e do estado do processo. (HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26.11.1999)

O Ministro Maurício Corrêa assim se manifestou sobre essa questão:



Além do mais, atento ao que claramente expressa o § 2º do artigo 5º da C.F. que em sintonia com o tratado que o Brasil aderiu a respeito dos direitos humanos - o chamado Pacto de São José da Costa Rica -, a propósito da garantia do cumprimento do duplo grau de jurisdição, concluo que o artigo 594 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela atual Carta Política da República, pela simples razão de que, por ele, não se assegura ao cidadão o exercício dessa garantia. (HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26.11.1999)

Presunção de não-culpabilidade

Em tese doutoral desenvolvida na Universidade Autônoma de Barcelona, acentua Odone Sanguiné ser a presunção de não-culpabilidade um limite teleológico da prisão provisória. Daí concluir pela impossibilidade desta ser adotada com a finalidade de pena antecipada. Leciona o referido autor:

A contradição material consistente em impor uma pena antes de que se condene o processado somente pode prosperar *formalmente* mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se lograrmos estabelecer o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição da liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que *exclui qualquer identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva*. Mas afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada. (Sanguiné, Odone. *Prisión Provisória y Derechos Fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 445)

Nesse sentido tem se manifestado o Tribunal Constitucional espanhol, como aponta Sanguiné:

De maneira taxativa, o Tribunal Constitucional rechaça frontalmente, como fim legítimo, a antecipação de pena, declarando que *"em nenhum caso pode perseguir-se, com a prisão provisória, fins punitivos ou de antecipação de pena"*, considerando que o "momento essencial desse regime é a consideração da presunção de inocência como regra de tratamento. O fato de que o imputado tenha que ser considerado não culpado, obriga a não castigá-lo por meio da prisão preventiva. E isso quer dizer que esta não pode ter caráter retributivo de uma infração que ainda não tenha sido juridicamente estabelecida", já que "utilizar com tais fins a privação de liberdade excede os limites constitucionais". Portanto, não se pode atribuir à prisão provisória uma finalidade retributiva incompatível com sua natureza cautelar e com o direito à presunção de inocência do imputado. Neste sentido, o Tribunal Constitucional esclarece que o direito fundamental à presunção de inocência "impõe limites infranqueáveis" à adoção da prisão provisória: *"proscrição à utilização da prisão provisória com o fim de impulsionar a investigação do delito, obter provas ou declarações"* (SSTC 156/1997, f.j.3º; 67/1997, f.j.2º). Portanto, a satisfação de maneira imediata das demandas sociais de segurança ou inclusive de vingança imediata através da prisão provisória, no caso em que, diante de certos delitos, a sociedade demande uma resposta que não possa demorar-se no tempo, é uma finalidade não admitida pelo Tribunal Constitucional, pois com ela pretende-se conseguir resultados que são próprios da pena, mas que não podem ser assumidos por uma medida, como a prisão provisória, que é decretada anteriormente à sentença. Adotar a prisão provisória nestes casos não é outra coisa senão relacioná-la ao cumprimento de uma pena. (Sanguiné, op. cit., p. 448-449)

Essa também tem sido a posição da jurisprudência alemã, como aponta Sanguiné.

A propósito, transcreva-se a seguinte passagem da decisão de 1965 proferida pela Corte Constitucional alemã:

No instituto da prisão provisória revela-se a tensão entre o direito de liberdade assegurado nos art. 2, II e o art. 104 da Lei Fundamental e a necessidade inafastável de uma persecução criminal efetiva. A rápida e justa presunção de fatos ilícitos graves não seria possível em muitos

casos, se as autoridades encarregadas da persecução criminal estivessem impedidas, sem qualquer exceção, de obter a prisão do eventual autor do delito. Por outro lado, a definitiva retirada (volle Entziehung) da liberdade é um mal, que, no Estado de direito, só se aplica, fundamentalmente, àquele que tenha praticado um fato previsto como crime, ou que tenha sido definitivamente condenado.

A aplicação dessa medida contra suspeito da prática de um ato criminoso somente será admissível em casos excepcionais. Daí resulta que, em razão da presunção de inocência, somente poderão ser tomadas medidas de restrição de liberdade, semelhantes à pena de prisão, em casos de presunções fortes e urgentes contra o acusado.

A presunção de inocência não está prevista expressamente na Lei Fundamental. Ela corresponde, porém, à convicção geral associada ao Estado de Direito e integra a ordem positiva da RFA por força do disposto no art. 6º., II, da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Uma solução adequada desse conflito relativo a dois princípios importantes do Estado de Direito somente será alcançada se se puder contrapor, como corretivo, em face da restrição da liberdade considerada necessária e adequada da perspectiva da persecução criminal, permanentemente a pretensão da liberdade do acusado ainda não condenado. Isso significa: a prisão provisória há de observar na sua decretação de execução, o princípio da proporcionalidade.

A intervenção no direito de liberdade somente será aceitável, se e na medida em que, de um lado, existam dados concretos aptos a colocar em dúvida a inocência do acusado e de outro, se a pretensão legítima da comunidade estatal relativa ao completo esclarecimento e célere punição do responsável não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do suspeito. (BVerfGE 19, 347-348)

Também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No

entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.

A propósito da aplicação da dignidade humana em matéria penal, registre-se este fragmento da decisão proferida pela Corte Constitucional alemã acerca da aplicação de pena perpétua:

No campo da luta contra a delinquência, é onde se estabelecem os mais altos requisitos de justiça, o art 1º da Lei Fundamental determina a concepção da essência da pena e da relação entre culpa e expiação. O princípio "nula poena sine culpa" é dotado de hierarquia de um princípio constitucional (BverfGE 20, 323 (331)). Toda pena deve estar em adequada proporção com a gravidade do fato punível e a culpa do delinqüente (BverfGE 6, 389 (489) 9, 167 (169) 20, 323 (331) 25, 285 s). O mandato de respeitar a dignidade humana significa especialmente que se proibam as penas cruéis, desumanas e degradantes (BverfGE 1, 332 (348); 6 389 (439)). O delinqüente não pode converter-se em simples objeto da luta contra o crime com violação de seus direitos ao respeito e a proteção de seus valores sociais (BverfGE 28m 389 (391)). Os pressupostos básicos da existência individual e social do ser humano devem ser conservados (BverfGE 45, 187)

Não vejo como haverá de ser diferente entre nós, diante da importância que se confere ao princípio da dignidade humana, enquadrado como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III da Constituição). Na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos

processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atentam contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e ferem o princípio da dignidade humana [*"Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die **Verweigerung des rechtlichen Gehörs.**"*] (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 1^o 18).

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano.

Tem-se, nesses casos, flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Nesse sentido, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária:

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são

transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima "Tem razão quem vence" é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima "Vence quem tem razão"; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da "supremacia da lei" (*rule of law*) - (Bobbio, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Brasília: Ed. Da UnB, 1988, p.p. 97-98).

Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito. São elas que permitem distinguir civilização de barbárie.

Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo.

Na espécie, parece ficar evidente que a adoção de uma fórmula abstrata no plano legislativo que determina o recolhimento à prisão de tantos quantos tenham maus antecedentes ou que tenham praticado determinado tipo de delito revela-se totalmente incompatível com a ideia de dignidade humana.

Como se vê, a opção por essa fórmula apodítica, que enseja diferentes concretizações às diversas situações da vida, não se deixa, certamente, compatibilizar com o princípio da dignidade humana.

Princípio da proporcionalidade

Assim é que se faz imprescindível perquirir se a prisão decorrente de sentença condenatória como exigência para recorrer-se atende ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("*A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*", in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos Editor: IBDC, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Passemos ao exame da proporcionalidade no caso em apreço.

Cumprindo indagar se a exigência de se recolher à prisão enquanto ainda em trâmite o processo - vez que ainda pendente de

admissibilidade e possível exame de recursos especial e extraordinário -, por força de determinação legal, com isso restringindo-se de forma grave o direito fundamental da liberdade atende, no caso, às máximas parciais da proporcionalidade.

Parece certo, ademais, que tal exigência impede a aplicação do princípio da proporcionalidade *in concreto*, tomando como absoluta uma valoração que se assenta exclusivamente num juízo de desvalor genérico - a prática de determinado delito. Semelhante critério viola sem dúvida o princípio da proporcionalidade já na sua acepção de **necessidade**, ou em outros termos, sobre a existência de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso.

Na espécie, já se demonstrou à saciedade, a partir dos votos vencidos acima referidos, que os eventuais objetivos de semelhante medida podem ser integralmente alcançados com a adoção da prisão provisória.

Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de **necessidade**.

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à

prisão por força legal, tal como se vem aplicando por interpretação da Lei nº 8.038/90, afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional.

Assim, estou também em que o recolhimento à prisão quando ainda cabe recurso da sentença condenatória há que embasar-se em decisão judicial devidamente fundamentada em quaisquer das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Não se pode negar, porém, que se está aqui, como já apontado, diante de uma proposta de revisão de jurisprudência amplamente consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, que, pela sua importância e aplicação, vinha sendo reafirmada e aplicada cotidianamente no âmbito desta e de outras Cortes do País.

A revisão da jurisprudência

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a douta observação de Larenz:

De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se "ajustar" às novas



relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser "evidente". (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª. Edição, Lisboa, 1997, p. 495).

Daí afirmar Larenz:

A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação - restrição ou extensão - do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falamos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja. (Larenz, *Metodologia*, cit., p. 498-500) .

Por isso, ensina, Larenz, de forma lapidar:

O preciso momento em que deixou de ser "correcta" é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo

contínuo e não de repente. Durante um "tempo intermédio" podem ser "plausíveis" ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição.

No plano constitucional, esse tema mereceu uma análise superior no trabalho de Inocêncio Mártires Coelho sobre interpretação constitucional (Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

No Capítulo 4 da obra em referência, que trata das conseqüências da diferença entre lei e Constituição, propicia-se uma **releitura** do fenômeno da chamada **mutação constitucional**, asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua *interpretação*.

Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen - um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de pós-

compreensão (Nachverständnis), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende "supervenientemente" uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de *pré-compreensão* (Häberle, Peter. "Zeit und Verfassung". in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313).

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada - não apenas as chamadas leis temporárias - é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle - interpretierten - Gesetze "Zeitgesetze" - nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.

Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional (Verfassungswandel)* enquanto categoria autônoma.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá *fingir* que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma *mutação normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos (*entweder*



als rechtmässig oder als rechtswidrig), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados. (Häberle, *Zeit und Verfassung*, cit., p. 295-296)

Häberle então indaga:

O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la. (Häberle, *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300).

Tal como anota Häberle, "o tempo sinaliza ou indica uma reunião (*ensemble*) de forças sociais e ideias. (...) A ênfase ao 'fator tempo' não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como 'sujeito' de transformação ou de movimento (...). A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias (...)." (Häberle, *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300)

Uma nova visão dos direitos fundamentais e suas repercussões

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o "novo" tenha condições de superar o "velho".

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável, que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é igualmente compreensível que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.

Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz:

O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão-pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistadas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem

daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de "bem comum", especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, "racional". (Metodologia, cit., p. 517).

Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico - em vagões de trens - era legítima. Foi a consagração da fórmula "equal but separated". Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema.

A condenação de Dolree Mapp foi obtida com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1ª. Instância, declarou que a 'regra de exclusão' (baseada na Quarta

Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da 'regra de exclusão' afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas.

A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*.

Em 1965, a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de *habeas corpus*, com fundamento na decisão do caso *Mapp v. Ohio*.

A Suprema Corte decidiu contrariamente à aplicação retroativa da norma, naqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em *Mapp*. Essa mudança foi descrita por Christina Aires Lima em sua dissertação de Mestrado:

Apesar do entendimento da Corte Federal do Distrito de Louisiana e da Corte de Apelação do Estado, de que no caso *Linkletter* as investigações sobre a pessoa e bens do acusado foram feitas de modo ilegal, tais Cortes decidiram que a regra estabelecida no caso *Mapp* não poderia ser aplicada retroativamente às condenações das cortes estaduais, que se tornaram finais antes do anúncio da decisão do referido precedente.

As decisões dessas Cortes foram fundadas no entendimento de que, conferir-se efeito retroativo aos casos que tiveram julgamento final antes da decisão do caso *Mapp*, causaria um enorme e preocupante problema para a administração da Justiça.

A Suprema Corte americana admitiu o *certiorari* requerido por *Linkletter*, restrito à questão de saber se deveria, ou não, aplicar efeito retroativo à decisão proferida no caso *Mapp*. (Lima, Christina Aires Corrêa. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000, p. 84)

Ao justificar o indeferimento da aplicação da norma retroativamente, a opinião majoritária da Corte Suprema americana, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, foi no seguinte sentido:

Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de "depreciar" a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que "na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência. (*United States Reports*, Vol. 381, p. 629).

E mais adiante ressaltou:

A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde. (*United States Reports*, Vol. 381, p. 637).

No direito alemão, mencione-se o famoso caso sobre o regime da execução penal (*Strafgefängene*), de 14 de março de 1972. Segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários mediante atos normativos secundários era considerada, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. Na espécie, cuidava-se de *Verfassungsbeschwerde* proposta por preso que tivera carta dirigida a uma organização de ajuda aos presidiários interceptada, porque continha críticas à

direção do presídio. A decisão respaldava-se em uma portaria do Ministério da Justiça do Estado.

A Corte Constitucional alemã colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2º, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das **relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse)**, que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição **ipso jure** da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo. (BVerfGE 33, 1 (12))

A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal expresso. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria, em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais.

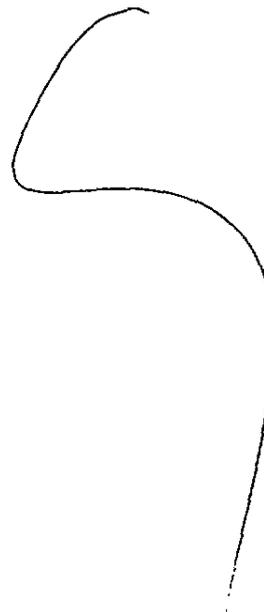
A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica *mutação constitucional* - passava a exigir, no entanto,

que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.

Conclusão

Por tais motivos, firme no entendimento de que a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o art. 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, defiro a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

A large, stylized handwritten mark or signature, possibly a flourish or a specific symbol, located on the right side of the page.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 84.078**

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU

PACTE.(S): OMAR COELHO VITOR

IMPTE.(S): OMAR COELHO VITOR

ADV.(A/S): JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): LUÍS ALEXANDRE RASSI

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Eros Grau, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus** e cassando a liminar concedida, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. Falou pelo paciente o Dr. João Eduardo de Drumond Verano. 1ª Turma, 26.10.2004.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria de votos, decidiu remeter o presente pedido de **habeas corpus** a julgamento do Tribunal Pleno; vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau, Relator. 1ª. Turma, 24.11.2004.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), concedendo a ordem, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Cezar Peluso. Falou pelo paciente o Dr. Luís Alexandre Rassi e, pelo Ministério Público Federal o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 09.04.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.02.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco

Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


p/Luiz Tomimatsu
Secretário