04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S)	: LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S)	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S)	: JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional.

2. O *habeas corpus* destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5°, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.

3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.

4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799533.

emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.

5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.

6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.

7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.

8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais.

9. Ordem denegada.

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 da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do *habeas corpus*. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799533.

(Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste *habeas corpus*, que se dará na sessão de 04.04.2018. Plenário, 22.03.2018.

E na sequência, na sessão plenária do dia 04.04.2018, o tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou questão de ordem, suscitada da tribuna pelo advogado do paciente, no sentido de que, havendo empate na votação, a Presidente do Tribunal não poderia votar. Ao final, o Tribunal indeferiu novo pedido de medida liminar suscitado da tribuna, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e cassou o salvo-conduto anteriormente concedido.

Brasília, 4 de abril de 2018.

Ministro **EDSON FACHIN**
Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799533.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S)	: LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S)	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S)	: JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Narra o impetrante que:

a) o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, provimento confirmado em segundo grau;

b) o Tribunal Regional Federal da 4ª Região assentou o início da execução da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária, provimento que representa ameaça iminente ao direito de locomoção do paciente;

c) a execução da pena na pendência de recursos excepcionais compromete a presunção da inocência;

d) a compreensão do Plenário desta Corte Constitucional assentou a possibilidade de execução provisória da pena, mas não a proclamou obrigatória;

e) não há motivação concreta a evidenciar a necessidade da custódia. Ao contrário, na medida em que os elementos concretos do caso demonstrariam sua dispensabilidade;

f) há vedada *reformatio in pejus,* eis que a determinação verificou-se sem pleito anterior do Ministério Público Federal;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799534.

g) são plausíveis as teses que serão arguidas em sede de recurso excepcional.

Requer o impetrante a "*direta submissão do pedido liminar à Colenda Segunda Turma deste Tribunal (Art. 21, IV e V, RISTF), para deferi-lo e garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado do processo-crime nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*".

No mérito, pleiteia a "*concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando a cláusula pétrea prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República*", e, subsidiariamente, "*a concessão da ordem para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado nos Habeas Corpus nº 146815-MC/MG e HC 146818-MC/ES*".

Em 2.2.2018 o presente HC foi distribuído a este Relator por prevenção, tendo em 9.2.2018 deliberado sobre a liminar, indeferindo-a, e simultaneamente remetendo o mérito do feito ao julgamento do Plenário.

Em 14.3.2018, diante da superveniência do julgamento colegiado de mérito, no âmbito do STJ, do HC 434.766/PR, a defesa, além de formular novos requerimentos, apresentou pedido de aditamento.

Em 16.3.2018, admiti o aditamento e indeferi os demais pleitos ali formulados.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799534.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, eminentes Pares, inicio saudando as sustentações orais que brindaram esse Tribunal, a Doutora Raquel Dodge, ilustre Procuradora-Geral da República, também saúdo o Doutor José Roberto Batochio, que assomou à tribuna e, no perfeito francês que Sua Excelência aqui utilizou, mostrou porque saiu de Dois Córregos para inundar o mundo com sua inteligência e com a sua capacidade na advocacia.

Aliás, ao lembrar da passagem que citou no idioma original, também me fez lembrar o dístico da Ordem da Jarreteira, criado por Eduardo III, à época das Cruzadas, que dizia: *Honi soit qui mal y pense*. Portanto, cumprimento pela brilhante sustentação oral.

Senhora Presidente e eminentes Pares, trago voto que, a rigor, se biparte em dois segmentos. Por isso, para propiciar a compreensão das razões trazidas, de início, estou fazendo chegar às mãos Vossas Excelências um exame sobre uma das preliminares que emergem, no meu modo de ver, para essa suscitação. Porém, já adianto, tão logo essa preliminar seja apreciada e vindo a ser superada, ter o voto quanto ao mérito, e, em seguida, também farei chegar às mãos de Vossas Excelências, até porque acredito que o exame desta preliminar, parece-me, será relativamente breve, e já explico o porquê.

Estou a dizer que se mostra possível previamente o exame de admissibilidade do próprio *habeas corpus*, uma vez que este Relator, tanto no indeferimento da liminar quanto na remessa ao Pleno, não adentrou esse ponto considerando que havia questão maior, mais abrangente, e questão precedente a este *habeas*, no meu entendimento, em relação às ações de controle de constitucionalidade.

Ocorre que, como sabido, pende de julgamento mérito das ADCs 43 e 44, já tendo sido, na data de ontem, solvido pela Presidência o tema acerca da pauta respectiva.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14779876.

Diante disso, mantendo-se, ao menos por ora, inalterada a orientação majoritária da jurisprudência formada, a partir de 2016, neste Tribunal, entendo que a análise desse *habeas corpus* se submete ao filtro da admissibilidade.

Destaco, pois, ponto que reputo preliminar e prejudicial para voto e deliberação, submetendo esse encaminhamento à Presidência e ao Colegiado.

Desde logo, adianto à Presidente e aos eminentes Colegas que também trago o voto sucessivo quanto ao exame que, superada a preliminar, entendo cabível no mérito, e assim o farei na sequência.

Inicialmente, quanto à admissão, relembro que se apontou como ato coator a decisão, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente, como decisão monocrática, indeferiu o pedido de liminar, o que faria - e o tempo do verbo é este: "faria" - incidir a Súmula 691 deste Tribunal. Mas, posteriormente, por meio de aditamento, a briosa defesa noticiou a superveniência, no contexto daquele Tribunal, de acórdão denegatório da ordem. Decisão assim ementada, e vou me escusar da leitura, eis que esse julgamento é conhecido de todos, das partes e também dos eminentes Pares deste Tribunal, no *HC* 434.766, Relator eminente Ministro Felix Fischer, julgamento de 6 de março, publicado em 15 de março corrente.

Como se vê, trata-se de *habeas corpus* cujo ato coator consubstancia decisão colegiada denegatória, circunstância - e esta é a preliminar que trago, embora entenda, Senhora Presidente, já vou explicitar o contexto em que ela se situa, quer da posição que eu tinha perante a Primeira Turma, quer da conduta que estou a ter agora em homenagem à colegialidade na Segunda Turma que tenho a honra de integrar.

Então, estou a dizer: Trata-se de *habeas corpus* cujo ato coator consubstancia decisão colegiada denegatória, circunstância que, na leitura de Texto Constitucional, não de interpretação elastecida, mas está na Constituição, ali inserida pelos legisladores constituintes, desafia, portanto, essa decisão a interposição de recurso ordinário.

Leio o Texto Constitucional, embora seja um excesso de zelo. Diz o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14779876.

artigo 102:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, ... - e aí cita outras ações de índole constitucional - ... decididos (o *habeas* e estas outras) em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;"

Entendo que há opção constitucional específica acerca do modo de impugnação de decisões de tal jaez. Registro que a simples existência de regramento próprio especial não configura, por si só, proteção judicial inefetiva, impondo-se em tal dimensão a interpretação racional e sistemática da Constituição da República, na medida em que se trata de disposição expressa emanada do Poder Constituinte originário.

Com efeito, em tais hipóteses, a matéria foi submetida ao crivo da instância antecedente, de modo que a distinção realizada pelo constituinte, a meu ver, deve ser observada.

Explico a posição que adotei na Primeira Turma e saliento que há muito tenho compreensão firmada no sentido da inviabilidade do conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucionalmente previsto. E assim explicitei em diversos pronunciamentos no âmbito da Primeira Turma desta Suprema Corte. E aqui, Senhora Presidente, cito precedentes que me escuso de ler, visto que são de autoria de ilustres Colegas que remanescem na Primeira Turma, e estou aqui a citar.

Pontuo, nada obstante, que na ambiência da Segunda Turma, por força do princípio da colegialidade, tenho feito ressalva pessoal e acompanhado a maioria, como disse e repito, em respeito ao princípio da colegialidade e, portanto, na Turma, admitido impetrações em tais condições.

Todavia, com a matéria submetida a esse Tribunal Pleno e não tendo havido julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, retomo a posição que tenho desde a integração à Primeira Turma e considero incabível *habeas corpus* na hipótese em que o ato desafiar, por expressa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14779876.

injunção constitucional, recurso ordinário conforme a Constituição prevê expressamente na letra *a* do inciso II do art. 102.

Por essas razões, Senhora Presidente, embora, de um modo geral, conheça possivelmente o desfecho que essa preliminar tenha, pelas posições já adotadas nas diversas Turmas, mas é dever de consciência suscitá-la para, se superada, em seguida, adentrar ao mérito.

Portanto, para destaque e apreciação, não conheço do *habeas corpus*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14779876.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, inicialmente também quero cumprimentar as sustentações que foram realizadas, doutor Batochio, doutora Raquel Dodge.

Presidente, peço vênia ao eminente Ministro-Relator para afastar a preliminar. Já tive a oportunidade diversas vezes, não só doutrinariamente, mas também em julgamentos na Primeira Turma, de me posicionar pelo cabimento da impetração, ou seja, não obstante, conforme disse o eminente Ministro-Relator, a existência de um recurso próprio, o recurso ordinário constitucional, parece-me que a Constituição abriu aqui uma dupla possibilidade. Porque da mesma forma prevê o recurso ordinário constitucional, a Constituição, no art. 102, I, "i", expressamente, traz como competência do Supremo Tribunal Federal processo de julgamento de *habeas corpus* quando o coator for Tribunal Superior. Então, há essa possibilidade de ingressar diretamente no Supremo Tribunal Federal com *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior, no caso aqui, o Superior Tribunal de Justiça.

E me parece que em termos de proteção à liberdade de ir e vir, em termos da própria teoria do *habeas corpus* que foi no Brasil criada, discutida e elastecida, a partir da célebre discussão e troca de artigos entre Pedro Lessa e Ruy Barbosa, é possível, e deve ser interpretado sempre, da maneira que se proteja mais a liberdade de locomoção.

Saliento uma frase importante e também histórica de Alcino Pinto Falcão que "a garantia do *habeas corpus* tem uma característica que a distingue de todas as demais" - ela não é um recurso, apesar do Código de Processo Penal chamá-la assim - "é bem antiga, mas não envelhece". E não envelhece porque ela tem a destinação mais importante de todas as ações constitucionais: a proteção da liberdade de ir e vir.

Como disse, defendo esse posicionamento desde 1997, quando lancei minha obra "Direito Constitucional", e na Turma também, onde defendo a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14871690.

possibilidade do *habeas corpus* mesmo havendo, também, constitucionalmente, a possibilidade do recurso ordinário constitucional.

Pedindo, então, todas as vênias ao Ministro-Relator, afasto a preliminar e conheço do *habeas corpus*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14871690.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, vou pedir vênia à divergência e estou aqui acompanhando a posição do Relator, até em maior extensão.

Considero que a hipótese é de não conhecimento. Em primeiro lugar, porque se trata de impetração contra decisão monocrática, em caráter liminar, do Ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça, quando exercia a presidência daquele tribunal.

Portanto, a impetração originária era contra uma decisão liminar. E penso que aqui incide a jurisprudência pacífica que temos adotado - pelo menos na Primeira Turma - que é a da Súmula nº 691, cuja dicção é a seguinte: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar". Portanto, acho que a hipótese se enquadra plenamente na Súmula nº 691.

A segunda razão pela qual penso não ser hipótese de cabimento é que esta decisão cautelar/liminar do Ministro Humberto Martins veio a ser substituída, posteriormente, pela decisão colegiada da Turma. E, consequentemente, aplica-se aqui a jurisprudência que também temos defendido, pacificamente, sobretudo na Primeira Turma, pelo menos, de que se o ato coator contra o qual se impetrou o *habeas corpus* for substituído por uma nova decisão, é preciso impetrar o *habeas corpus* contra essa nova decisão. Até porque a fundamentação da decisão substitutiva é frequentemente diferente e, nesse caso, muito mais analítica do que a mera negação da liminar. Portanto, consideramos prejudicado esse *habeas corpus,* diante da exigência de impetração de um novo.

Na Primeira Turma, pelo menos, entendimento pacífico. Estou falando na Primeira Turma, apenas para quem não tem essa vivência, porque os *habeas corpus,* como regra geral, são julgados nas Turmas, e não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14882127.

no Plenário. Na Primeira Turma, portanto, nós temos o entendimento pacífico de que não cabe a continuidade do *habeas corpus* e que não é possível o aditamento, é preciso impetrar um novo *habeas corpus.*

Em terceiro e último lugar, este argumento do Ministro Luiz Edson Fachin de que a hipótese seria de recurso ordinário e não de *habeas corpus*. Ainda quando excepcionalmente se ressalve posição quanto ao não cabimento e se vote o mérito, a verdade é que a posição igualmente consolidada na Turma é a do descabimento de recurso ordinário substitutivo de *habeas corpus*.

Portanto há três fundamentos que me parecem acolhidos por jurisprudência razoavelmente pacificada quanto ao não conhecimento do *habeas corpus.* De modo que eu voto acompanhando o Relator pelo não conhecimento, inclusive com alguns argumentos a mais.

É como voto, Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14882127.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, Egrégia Corte, Senhora Procuradora-Geral da República, Senhores Advogados, em especial Doutor Batochio, a quem cumprimento pela bela sustentação oral.

Senhora Presidente, os fatos e os trâmites processuais que envolvem este julgamento estão muitíssimo claros, a começar pelo relatório do eminente Relator, meu querido amigo Luiz Edson Fachin, a quem sempre renovo a minha admiração e o meu respeito, e ainda pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, também querido colega de bancada na Primeira Turma. Permito-me, contudo, rememorá-los, e peço escusas por isso – sei o quanto é precioso o tempo da Corte –, mas o faço apenas para ordenar o meu pensamento e em função da jurisprudência que ajudo a construir no seio da Primeira Turma.

Afinal, o que está em mesa para julgamento neste Plenário?

Ajuizado nesta Corte inicialmente um *habeas corpus* preventivo contra decisão monocrática do Ministro Humberto Martins, no exercício da Presidência do STJ – decisão monocrática esta indeferitória de liminar em *habeas corpus* impetrado perante aquela Corte –, que veio a sofrer um aditamento, diante de fato superveniente representado pelo julgamento do mérito daquela impetração pela Quinta Turma do STJ, que, em 06 de março de 2018, como bem explicitou o eminente Relator, denegou a ordem pleiteada.

Na sequência, em 16 de março de 2018, o eminente Relator, Ministro Fachin, conheceu do aditamento formulado pela defesa e indeferiu os pedidos de reconsideração da liminar indeferitória e outros. Vale dizer, na minha compreensão, indeferiu a liminar perseguida naquele aditamento que recebera e submeteu a matéria ora em apreciação a este Pleno.

Não há mais cogitar, não tenho dúvida, com todo respeito ao eminente Ministro Luís Roberto, do óbice da Súmula 691 desta Casa,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922875.

segundo a qual *"Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar"*.

Substituída a liminar monocrática indeferitória pelo acórdão denegatório da Quinta Turma, **resta afastada,** na minha compreensão, **a primeira causa possível de não conhecimento deste *habeas corpus*, representada pela Súmula 691/STF.**

Qual seria a segunda causa possível de não cabimento deste *writ*? Na minha visão, com todo respeito aos que compreendem de forma diversa e na esteira de como eu enfrento o tema na Primeira Turma, uma vez substituída a liminar indeferitória pelo acórdão, teria ocorrido, como de fato ocorreu, a substituição do título prisional, a ensejar a declaração do prejuízo do *habeas corpus*, segundo a jurisprudência lembrada pelo Ministro Luís Roberto, com a consequente extinção do feito sem resolução do mérito. A parte teria, então, em tese, de se valer de um novo *habeas corpus* para ataque ao acórdão condenatório e sua eventual nova fundamentação.

Como precedentes da minha relatoria a respeito da superveniência de decisão definitiva de tribunal superior, correspondendo a novo ato a desafiar ação própria – nessa linha lembrada pelo Ministro Luís Roberto e como voto diuturnamente na Primeira Turma –, eu cito, entre tantos outros, todos da minha relatoria ou em que fui designada redatora do acórdão, o HC 136.300-AgR/SP, Dje de 15 de setembro de 2007; o HC 136.174-AgR, Dje de 7 de dezembro de 2016; o HC 127.962/SP, Dje de 02 de maio de 2016; o HC 125.221/SP, Dje de 05 de junho de 2015; e o HC 123.129-AgR/SP, Dje de 12 de fevereiro de 2015. Sempre vencido nesta preliminar, anoto, o eminente Ministro Marco Aurélio, no âmbito da Primeira Turma.

Não obstante, entendo que não há como adotar, aqui, tal solução. E isso diante do aditamento oferecido, em que apontado como ato coator o acórdão da Quinta Turma, conhecido e enfrentado pelo eminente Relator – e ora submetido a julgamento –, sob pena de estarmos, com todo o respeito, a prestigiar a forma pela forma. E, assim, eu não procedo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922875.

Sei a importância da forma no processo, na linha da lição, sempre lembrada, de Rudolf von Ihering, quando a proclama *"a inimiga jurada do arbítrio e a irmã gêmea da liberdade"*.

Cediço, todavia, que a forma não é um fim em si mesma, e como garantia de liberdade ela não pode fundamentar, na minha visão, decisão contrária a jurisdicionado que, com um aditamento – em lugar de um segundo HC –, venha a substituir, diante de julgamento superveniente pelo colegiado, a impetração primeira, máxime se exarado o acórdão na mesma linha da liminar indeferitória.

A forma pela forma, com todo respeito, em absoluto pode ser prestigiada.

Por isso, eu **afasto** também, Senhora Presidente, essa eventual **causa de não conhecimento do *habeas* pela alteração do título prisional,** e registro que a enfrentei de forma destacada também em homenagem à doutora Raquel, que em sua brilhante sustentação oral a invocou.

A **terceira causa possível de não conhecimento** – ainda na linha da jurisprudência firme da Primeira Turma, que ajudei a construir e endosso –, ora suscitada pelo Ministro Fachin, diz com a circunstância de ser, esta impetração, quanto a seu aditamento – porque o primeiro *habeas corpus* encontrava óbice na Súmula 691 –, **substitutiva do recurso ordinário constitucional**, enquanto se volta contra decisão colegiada da Quinta Turma do STJ em HC.

Com essa compreensão de não conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, a ensejar extinção sem resolução do mérito, cito a título exemplificativo os seguintes precedentes, inclusive da minha lavra, que me eximo de relacionar oralmente, mas que anoto no voto escrito: HC 147.523-AgR/SP, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 14.11.2017; HC 144.433-AgR/ SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 14.11.2017; HC 146.336-AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10.10.2017; HC 141.152/CE, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe 02.6.2017; HC 137.182/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 25.10.2016; HC 130.780/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 22.9.2016).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922875.

A jurisprudência do Plenário desta Casa, contudo, não endossa tal compreensão prevalecente na Primeira Turma. A título ilustrativo destaco julgados deste Tribunal Pleno em *habeas corpus* impetrados contra acórdãos do STJ em que não se conheceu do *writ*, ou se denegou ou concedeu parcialmente a ordem, todos eles substitutivos, na nossa visão, do recurso ordinário constitucional.

E, aqui, cito, Senhora Presidente, o HC 123.971 – e depois retorno a ele –; os HCs 94.620 e 94.680, estes da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgados e publicados, respectivamente, em junho e em novembro de 2015, tendo como objeto dosimetria da pena, circunstâncias judiciais, maus antecedentes, com enfrentamento direto do mérito e concessão da ordem; o HC 103.803, sob a relatoria do saudoso e querido Ministro Teori Zavascki, julgado em julho de 2014, DJe 06.10.2014, em que debatemos foro por prerrogativa de função, declaração de inconstitucionalidade, também com enfrentamento direto do mérito, o que significa que foi conhecido e denegada a ordem; o HC 113.198, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 19 de dezembro de 2013, em que, apesar de prejudicada a impetração, houve manifestação expressa quanto ao conhecimento do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário; ainda cito, Senhora Presidente, os HCs, todos do Plenário, 112.776 e 109.193, mais uma vez, da relatoria do querido e saudoso Ministro Teori Zavascki, julgamentos em dezembro de 2013, tendo como objeto a natureza e a quantidade da droga sopesadas em duas fases da dosimetria da pena, exame imediato do mérito; e o HC 105.674, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17 de outubro de 2013, também sobre dosimetria da pena.

Especificamente no primeiro *habeas corpus* citado, o HC 123.971, julgado em 25 de fevereiro de 2016, publicado o acórdão no Diário de Justiça de 15 de junho de 2016, em que se discutiu a natureza jurídica da ação penal em crime de atentado violento ao pudor, apenas eu, Senhora Presidente, não conheci do *habeas* substitutivo de recurso ordinário, como revela o acórdão lavrado. Lá está meu voto, com preliminar expressa, não conhecendo do *habeas corpus*, porque substitutivo de recurso ordinário,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922875.

tendo os demais Ministros que participaram daquele julgamento, todos, silenciado a respeito, ou seja, implicitamente conhecido do *habeas corpus* de imediato, decisão que prevaleceu.

Por isso, Senhora Presidente, é que, hoje, neste julgamento em Plenário, eu, que privilegio o princípio da colegialidade, **conheço deste *habeas corpus***, consubstanciado no aditamento que se ofertou, ressalvando a minha posição pessoal a respeito do tema processual em foco.

Senhora Presidente, peço vênia às compreensões contrárias e, acompanhando a divergência, eu **rejeito as preliminares.**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922875.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, só um esclarecimento, porque foram citados, aqui, principalmente pelo Ministro Luís Roberto Barroso, vários precedentes da Primeira Turma, especialmente em relação a hipóteses idênticas a essa, em que um *habeas corpus*, contra liminar, incidiria a Súmula 691. Durante o processamento desse *HC*, o Superior Tribunal de Justiça julgou o mérito, pede-se o aditamento, e aí a Turma conheceria ou não, afastando a questão da Súmula, do aditamento e a necessidade do recurso ordinário constitucional.

Só para esclarecimento, agora no dia 6 de março de 2018, de relatoria, inclusive, do Ministro Marco Aurélio - e a redatoria ficou comigo -, no *Habeas Corpus* 135.027, a Primeira Turma, por unanimidade, conheceu do *habeas corpus*, exatamente na mesma hipótese do presente, ou seja, incidir-se-ia a Súmula 691. Mas houve o aditamento e se afastou a necessidade de se aguardar um recurso ordinário constitucional. Só para constar que há também precedentes na Primeira Turma nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu preciso dizer que, se houve, escapou-me, porque não conheço esse precedente. Mas, evidentemente, se o Ministro Alexandre está dizendo, é porque há. Entretanto, se eu acompanhei, é porque não me dei conta; pois a tradição é não aceitar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas acompanhou, Ministro.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14882128.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO SOBRE PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, estudantes presentes.

Queria também, preliminarmente, saudar as sustentações verticais, profundas, eruditas, da Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge, e do Doutor Batochio - também uma brilhante sustentação.

Digo, Senhora Presidente, que eu também pertenço à Primeira Turma. Então, aqui nós estamos começando a votação pela Primeira Turma, que já tem uma jurisprudência, mais ou menos, sedimentada.

Na Primeira Turma, eu tenho sido muito recorrente no sentido de combater o uso promíscuo, imoderado, e diria até vulgar, do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. Porque as Turmas têm a competência para julgar várias matérias; mas 99% dos casos levados às Turmas são *habeas corpus*. Então, as Turmas são verdadeiros juizados criminais. Por que isso? Porque há o uso imoderado de *habeas corpus*, transformando o Supremo Tribunal Federal na última instância de apreciação do HC.

Evidentemente que o *habeas corpus* tem essa eminência de uma garantia constitucional maior, só que a doutrina dos casos julgados em HC foi erigida exatamente para aquilo a que se referiu o eminente Advogado Doutor Batochio: Para a repressão às coerções lançadas contra os delitos de opinião. Então, a doutrina do HC no Supremo Tribunal Federal foi para defender aqueles pacientes que estavam com restrição à sua liberdade, no momento em que as liberdades públicas estavam suprimidas.

Não me consta na história do Supremo Tribunal Federal que o *habeas corpus* foi erigido para que dele se usasse, em última instância, contra crimes contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta; não conheço um caso desses tradicionais e famosos em que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

se erigiu a doutrina do *habeas corpus*.

E a doutrina dos casos julgados é tão importante que foi inserida como matéria essencial no mais antigo estatuto das Faculdades de Direito em língua portuguesa que é o estatuto de Coimbra. Os professores são obrigados a lecionar a matéria, normalmente, e a doutrina dos casos julgados. E o Supremo Tribunal Federal tem uma doutrina dos casos julgados notadamente erigida na época - eu pediria só vênia para continuar meu raciocínio - em que as liberdades públicas estavam suprimidas. Então, por isso é que eu sempre me bato na Turma, sob esse aspecto.

Quanto ao segundo aspecto, eu também me alinho a essa percepção do Relator. Ou seja, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar "os *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores". E aí, nessas alíneas, nós vamos ver que cabe o *habeas corpus*, quando forem pacientes, aqui mencionados, os Ministros de Estado, o Comandante da Marinha, do Exército, da Aeronáutica e, ainda, as pessoas mencionadas que gozam da denominada prerrogativa de foro - que parece estar com seus dias contados.

É verdade que surge um argumento subsidiário, que foi aqui muito bem articulado pelo Ministro Alexandre, de que também cabe *habeas corpus,* pela alínea "i", quando o ato coator deriva de Tribunal Superior. Só que a *ratio essendi* desse dispositivo não significa dizer que cabe *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal quando o Superior Tribunal de Justiça julga o mérito do *habeas corpus*, porque senão não teria sentido a previsão de um recurso ordinário constitucional. Então, qual é o sentido da norma? O sentido da norma é simples: cabe *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal quando o Superior Tribunal de Justiça, no exercício da sua competência originária, comete um ato abusivo ilegal, passível de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, porque, aí, o Superior Tribunal de Justiça, no exercício sua competência originária, pode, sim, ser considerado um agente coator da liberdade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fux, permita-me?

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

O *Habeas Corpus* julgado pelo STJ contra o ato do Tribunal é competência originária do STJ, por isso que incide, a meu ver, a alínea, porque é competência originária, é uma ação constitucional de competência originária.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, nós temos essa divergência. No meu ponto de vista, na verdade, seria para criar artificialmente uma competência para o Supremo Tribunal Federal. Na verdade, esse uso *per saltum* do *habeas corpus* cria, fora do arquétipo constitucional, uma competência para o Supremo Tribunal Federal que ele não tem. E essa matéria já foi objeto aqui de deliberação no próprio Supremo Tribunal Federal.

Eu peço vênia para me valer da ementa de um acórdão proferido na Petição nº 1.738, agravo regimental do Pleno, Relator o nosso estimadíssimo decano, que, num dos trechos, assim se expressa:

A competência do Supremo Tribunal Federal, cujos fundamentos repousam-se na Constituição da República, submete-se a regime de direito estrito.

Daí eu me voltar contra esse uso promíscuo do *habeas corpus* em quarta instância no Supremo Tribunal Federal. Eu sempre me bato com relação a isso contra qualquer caso. É recorrente essa minha afirmação.

Então, Ministro decano:

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como complexo de atribuições jurisdicionais da extração essencialmente constitucional e ante o regime de direito de estrito a que se acha submetido, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados em numerus clausus pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

Continua Sua Excelência:

Precedente, o regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, no âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no Texto Constitucional: ações populares, ações civis públicas (...)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

E, aí, cita, evidentemente, os mesmos dispositivos.

Eu aproveito, nesse mesmo segmento, para assentar a prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer que *habeas corpus* substitutivo contrasta com os meios de contenção de feitos remotos e recentemente implementados em relação à Suprema Corte. Quer dizer, uma Suprema Corte não é moldada para ser um juizado criminal. Isso está demonstrado tanto pela impotência do Pleno de julgar tantas ações penais como também das Turmas criminais. Esta é uma Corte que deveria se dedicar às questões constitucionais.

Então, recentemente, o que tivemos como filtro para evitar o uso imoderado de ações constitucionais no Supremo? A súmula vinculante e a repercussão geral, que vieram com a Emenda nº 45, exatamente com o objetivo - está na exposição de motivos - de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da sua nobre função de guardião da República. De sorte que essas premissas me fazem manter o entendimento que tenho manifestado na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Agora, apenas a título acadêmico, eu gostaria de me referir à questão do aditamento, e essa questão realmente não me sensibiliza, porque não é imune ao sistema jurídico brasileiro a fungibilidade de ações. Por exemplo, no interdito proibitório, se a ameaça à posse se convolar em moléstia, o interdito se transforma em ação de manutenção e, eventualmente, até de reintegração. As ações de urgência gozam do atributo da fungibilidade. Então, no meu modo de ver, não me sensibiliza, muito embora esteja na contramão do que estou votando, mas só para efeito, porque a matéria veio a debate, que mandado de segurança preventivo e *habeas corpus* preventivo podem ser remédios que se transmudam *in itinere* se houver a violação que se ameaça quando da narrativa da petição inicial.

De sorte que, muito embora não tenhamos precedente, assim como o Ministro Barroso, eu também não conheço.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas eu tomei pé. O meu voto é pelo não conhecimento, mas, como nós

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

frequentemente fazemos, nos casos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, para que não haja troca de relator toda vez, quando Sua Excelência denega no mérito, nós ressalvamos a posição quanto ao cabimento, mas acompanhamos Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Já percebi na Turma que o meio para não ficar vencido é aquele que direciona no sentido de indeferir a ordem!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo. É só para deixar claro que tanto eu, como o Ministro Fux, como a Ministra Rosa frequentemente, porque senão, operacionalmente, é complicado, porque aí tem que mudar o relator e o resultado produzido é o mesmo. Mas eu conferi o meu voto, e o meu voto é pelo não conhecimento, portanto eu ressalvei a minha posição, mas acompanhei o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Barroso, me permite? Nesse caso, na verdade, não foi essa a hipótese, porque o Ministro Marco Aurélio ficou vencido no mérito, tanto que eu fiquei de redator. Nós tivemos uma questão de ordem, depois o conhecimento, que foi 3 a 2, e depois, no mérito, foi 4 a 1. Só para recordar.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Mas, Ministro Alexandre, o Ministro Luís Roberto lembra bem, às vezes, pela quantidade de *habeas* – é um atrás do outro –, nós terminamos nem ressalvando, mas realmente é a posição firme do Ministro.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É a posição do Ministro Roberto Barroso, mas é importante deixar claro, por isso eu fiz esse destaque.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É um único precedente em centenas, é unzinho.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas, no dia 6 de março, é unzinho igualzinho a esse aqui.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Unzinho, em muitas centenas, que escapou.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Os Colegas querem fazer mais alguma intervenção? Eu aguardo.

Então, retomando aqui, Senhora Presidente, eu entendo que realmente o problema do aditamento, para mim, seria absolutamente indiferente porque admito a fungibilidade das ações de urgência. A própria tutela de urgência, em geral, admite que o juiz possa dar uma decisão *aliud*, porém *minus*. A lei do mandado de segurança atual prevê que o mandado de segurança possa se transmudar de preventivo para mandado de segurança repressivo se houver a consumação do ato coator. Então, realmente, não é essa a questão formal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Temos precedente do Plenário também nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, ainda tem precedente do Plenário nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por fim, só para colaborar com o debate, realmente, essa é uma hipótese clara que a Primeira Turma não conhece, mas, mesmo quando a Primeira Turma não conhece, ela eventualmente... o que é um grave equívoco, porque não conhecer é não conhecer. A Procuradora da República Claudia Sampaio Marques, certa feita, ela destacou isso, se o tribunal não conhece não pode ir ao conhecimento do mérito, porque então está conhecendo e julgando o *habeas corpus*; ela fez essa observação na nossa Turma, não fez?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, mas nós respondemos que, na verdade, sempre há a possibilidade da concessão da ordem de ofício e examinamos tudo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso que eu ia mencionar.

Mas, ainda assim, a Primeira Turma concede ordem de ofício quando há teratologia na decisão.

Agora, aqui, no caso específico, tanto quanto nos foi possível ler da decisão originária, ela não contempla nenhum aspecto teratológico, o que também impediria - a mim, pelo menos -, tal como nós temos trabalhado na Primeira Turma, uma concessão de ordem de ofício.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Fux, Vossa Excelência não acha que, embora não considerando teratológica - pelo menos de plano - a decisão atacada, uma decisão que na sua fundamentação, como foi exposto da tribuna, limita-se a reportar-se a uma decisão ainda incompleta do Supremo Tribunal Federal, esta decisão não mereceria um exame maior por parte desta Corte? Sobretudo porque a Constituição diz que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada, motivada, da autoridade competente. A remissão a uma decisão ainda incompleta de um tribunal superior - no caso, o Supremo Tribunal Federal - a mim me parece que não preenche, pelo menos à primeira vista, o preceito constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda teríamos, quanto à possibilidade de prisão, a automaticidade, a partir de um verbete de súmula, que foi mencionado da tribuna pelo Doutor Batochio, o nº 122 do Tribunal Regional Federal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ouvi com muito prazer todas as observações, mas eu tenho a impressão de que essa suposta ordem de coerção a *posteriori* aos embargos de declaração foi, digamos assim, encartada no próprio ato condenatório, no próprio acórdão. Não sei se tenho razão neste particular, é só um aspecto prático. Se Vossa Excelência, Doutor Batochio, pudesse me esclarecer, a ordem da decretação é constante do acórdão?

O SENHOR JOSÉ ROBERTO BATOCHIO (ADVOGADO) - Na verdade, a alusão se encontra no corpo do acórdão e se limita a sublinhar que, esgotada a jurisdição em grau de revisão, nos termos da Súmula nº 122, expedir-se-á mandado de prisão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Muito obrigado, Doutor Batochio.

Então, com a lealdade que lhe é peculiar, o eminente Advogado Doutor Batochio esclarece que a ordem de prisão vem antecedida de um acórdão condenatório, de centenas de laudas que conduziram aquele entendimento, baseado, evidentemente, em uma decisão do Supremo Tribunal Federal. E, aí, Ministro Lewandowski, com a devida vênia, eu

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

sou magistrado de carreira...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu sou magistrado há 28 anos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu não estou comparando datas, nem idade. Eu estou dizendo o seguinte: eu sou magistrado de carreira e, para o juiz de direito, uma decisão do Supremo Tribunal Federal está na ordem da sacralidade das palavras para o magistrado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ainda que provisória, liminar?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Como provisória? Eu lanço aqui desafio: eu duvido que a decisão...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nós temos algumas dezenas de cautelares que estão sendo cumpridas no Brasil inteiro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós julgamos com muita profundidade naquela oportunidade. Teve repercussão geral, inclusive.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência quer me poupar serviço – não ter que relatar e votar no julgamento definitivo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não! Eu fico encantado quando Vossa Excelência vem com sua postura garantista que nós todos apreciamos, de forma alguma. Mas eu não consigo caracterizar como teratológica uma decisão de um juiz que obedece à decisão da Suprema Corte.

Por essa razão, peço vênia aos entendimentos em contrário. Não conheço do recurso e também não me vejo em condições para conceder a ordem de ofício.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência não conhece do recurso do *habeas corpus?*

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque o recurso cabível era ordinário constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Veja, Presidente, até pela terminologia, já se transformou essa ação nobre em recurso. Não se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

conhece da impetração!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência sabe por que se transformou? Por serem reiterados os *habeas corpus,* assim como sucede com os recursos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Caminha-se para o campo da autodefesa, pessimamente vista.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não. Não entendo como jurisprudência defensiva de forma alguma.

Na Turma, não conseguimos chegar a um consenso e não será no Plenário que chegaremos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129968.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, cumprimento todos na pessoa de Vossa Excelência.

Destaco a importância da preliminar trazida pelo eminente Relator, o qual, de maneira bastante correta, destacou a divergência entre as Turmas, tanto o é que, quando Sua Excelência estava na Primeira Turma, acompanhava o posicionamento do não conhecimento do **habeas corpus** se substitutivo de recurso ordinário em **habeas corpus**.

Quando eu estava na Primeira Turma, ocorria o inverso, eu era vencido. Inclusive, quando se implementou essa mudança de entendimento, num caso que fora trazido, à época, pelo Ministro **Marco Aurélio**, eu fiquei solitário e fui solidário ao Ministro **Marco Aurélio**, tantas vezes sozinho em seus votos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nem vale a pena relembrar isso, porque o Ministro Marco Aurélio diz que, se arrependimento matasse, já estaria morto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O meu erro, talvez, esteja no fato de não ter migrado para a Segunda Turma!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E, depois, Vossa Excelência evoluiu, pelo menos sob meu olhar, e eu ressalvava meu entendimento pessoal. Então, na Primeira Turma, eu não conhecia do recurso ordinário substitutivo porque havia uma maioria nesse sentido. Porém, a verdade e a realidade é que acabávamos enfrentando o tema sempre, sob a análise da eventual presença, ou não, de uma teratologia da decisão atacada. E por quê? Desde o Código de Processo Penal do Império, o juiz, em qualquer juízo, instância ou tribunal, deparando-se com um ofensa ou possibilidade de ofensa à liberdade de ir e vir, tem a obrigação, o dever de implementar a ordem de **habeas corpus** em qualquer juízo. Isso vem desde o Código de Processo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819448.

Penal do Império. Tenho certeza que, mais adiante, o Ministro **Celso de Mello** deve discorrer um pouco mais sobre essa nobre ação.

Não há dúvidas, Senhora Presidente, que há uma quantidade de **habeas corpus** como nunca houve na história. Quando aqui entrei, em 23 de outubro de 2009 - oito anos e meio -, a numeração dos **habeas corpus**, em mais de cem anos de Corte Constitucional, estava em noventa e nove mil. Hoje, a numeração do **habeas corpus** está em cento e cinquenta e quatro mil e quinhentos. Ou seja, em nove anos, tivemos cinquenta por cento daquilo que houve em mais de cem anos. E estamos dando conta, porque é nossa obrigação, nosso dever. Um dos sentidos da existência deste Supremo Tribunal Federal é a análise das impetrações e do **writ** de **habeas corpus**. Aliás, desde a Magna Carta de 1215, essa é uma das razões para a criação do constitucionalismo moderno e contemporâneo. E é com essa nobreza que vejo esse instituto.

Vamos ao caso específico. Em relação à aplicação, ou não, da Súmula nº 691, acompanho o Relator. Houve o aditamento, a questão está superada.

Em relação a ser substituto de recurso ordinário, como eu disse, quando estava na Primeira Turma, eu era vencido. Quando fui para a Segunda Turma, passei a acompanhar, porque também era meu entendimento desde a Primeira Turma. Ou seja, mantendo a coerência que venho tendo, tanto na Primeira Turma quanto na Segunda Turma e aqui em Plenário, eu conheço desta impetração.

Destaco, inclusive, que, para fins regimentais e da Secretaria do Tribunal, a numeração dos RHC e a numeração dos HC são sequenciais, elas não são separadas. Cito, por exemplo: recebi, no dia 21 de março, um RHC e também recebi um HC, entre tantos outros. O RHC nº 154.741, o HC nº 154.455. Não há duas numerações, uma para HC e outra para RHC, eles são substituíveis, substitutos um do outro, são sequenciais.

Também vamos e venhamos, com a devida vênia dos fundamentos, que são bastante sólidos, trazidos pelo Relator e pelos que o acompanham, mas o fato é que, mais cedo ou mais tarde, nós teremos que nos reunir aqui novamente para discutir o tema, porque, evidentemente,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819448.

se dele não conhecermos agora, a defesa vai entrar com recurso ordinário - ou teríamos que analisá-lo de ofício, porque o tema está bastante esclarecido e foi trazido da tribuna.

Eu vou, então, pedir licença ao eminente Relator para conhecer do **habeas corpus**, embora eu teria o desejo, Senhora Presidente, de acompanhar o Relator. Por quê? Para poder ouvir novamente, se fosse o caso, as brilhantes sustentações que nós tivemos da tribuna - e cumprimento, em especial, o Dr. Roberto Batochio, que fez uma das mais belas sustentações que eu já ouvi aqui neste Tribunal.

Eu peço vênia ao Relator e aos que o acompanharam, para acompanhar a divergência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819448.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu inicio também cumprimentando o eminente Dr. Roberto Batochio pela sustentação oral que fez, que, sem dúvida nenhuma, honra o Supremo Tribunal Federal; cumprimento também a Dra. Raquel Dodge, que nos brindou com uma excelente intervenção também!

Senhora Presidente, com o devido respeito, ouso divergir, de plano, do Ministro Luiz Fux, porque eu, longe de combater o uso prosmícuo do HC, na verdade, incentivo o uso generoso do HC.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou curioso, Ministro Lewandowski, para saber qual é o índice de conhecimento de *habeas corpus* na Primeira Turma, porque me parece que os advogados passam lá por um tipo de corrida de obstáculo, tantas as redes que eu vi de impedimento de *habeas corpus*. Nós temos, na Segunda Turma, um índice que varia de 25, 28, 30, 33% de *habeas corpus* e nós estamos falando de coisas muito sérias. Deferimento, eu estou dizendo, deferimento de *habeas corpus*! E nós estamos falando de coisas assim como os crimes de pequena monta, erros muito graves que são cometidos, a questão de dosimetria na Lei de Drogas - Vossa Excelência tem participado disso. Em suma, pelos obstáculos que eu vi aqui, fico curioso para saber quantos *habeas corpus* são concedidos na Primeira Turma.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Permite-me, Ministro Gilmar? São concedidos os que devem ser concedidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas é importante saber o número.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, há uma segunda pergunta: quantas liminares são derrubadas na Primeira Turma?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esses dias eu até falava com o Ministro Schietti a propósito do STJ, dizendo que, no STJ, a parte criminal não provê REsp. Eu disse: "Bom, vocês estão resolvendo um

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129967.

grave problema, tem que se suprimir a Seção Criminal do STJ, talvez seja até barato para a sociedade, mais econômico". Ele riu e disse: "Não, mas a gente, de vez em quando, até concede uns *habeas corpus*!" Mas é uma grande novidade! De repente, se não se concede, passa-se a competência para a Primeira Turma.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, agradeço a intervenção do Ministro Gilmar Mendes. Eu quero dizer que me filio àquela corrente doutrinária que entende que o *habeas corpus* é um remédio constitucional nobilíssimo, de amplíssimo espectro e que visa a proteger um dos maiores valores do ser humano depois da vida, que é a liberdade. E, portanto, é preciso generosidade na admissão deste remédio, que alguns chamam de heroico. E é o que a Segunda Turma, a qual com muita honra pertenço, tem feito. Além de conhecermos os *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário, nós, recentemente, na semana passada, conhecemos de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. O que a mim, parece-me, constitui um enorme avanço. Com isso conseguimos corrigir uma série de erros judiciários. E mais: há pouco tempo, nós conhecemos de um *HC* coletivo, que foi deferido pela Turma - um voto contrário apenas - em que, de uma só assentada, libertamos cerca de 4.500 mulheres gestantes e lactentes indevidamente presas nesse nosso Brasil. E mais: cerca de 2.000 crianças inocentes, que estavam atrás das grades. E, naquele caso, sequer ato coator existia do STJ. Mas nós entendemos agora, como disse o eminente Ministro Dias Toffoli, que, desde o Império, existe um dispositivo legal que determina ao juiz que, em face de uma flagrante restrição ao direito de ir e vir, ele deve conceder *habeas corpus* de ofício. Isto está estampado, com todas as letras, no art. 654, § 2º, da nossa Carta Magna, da nossa Lei Maior. Ainda que assim não fosse, um dos dispositivos mais importantes da nossa Constituição Federal e de outras também, de outros países civilizados e democráticos, é aquele que consta do art. 5º, inciso XXXV. É o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, que é garantia das garantias. É justamente a garantia por meio da qual se efetiva, dá-se concreção aos direitos fundamentais, aquele generoso rol de direitos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129967.

fundamentais que integra a Carta Cidadã de 1988. O que diz esse dispositivo com toda a clareza? Diz o seguinte: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Se nem a lei pode, nós podemos aqui, por uma interpretação pretoriana, afastar a apreciação judicial de um *habeas corpus*, quando existe uma potencial lesão a direito? Por razões de ordem prática? Por uma jurisprudência defensiva? *Data venia*, não é possível.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Lewandowski, eu tive a gentileza de lhe dar a palavra, gostaria que Vossa Excelência retribuísse.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não, claro, o ouço com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, a jurisprudência não é defensiva, porque a mesma Carta constitucional que garante esses direitos fundamentais estabelece a competência de direito estrito para o Supremo. A nossa ótica é essa. Quer dizer, a Constituição não tem dispositivos que se contradizem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas há alguns de maior hierarquia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O *habeas corpus* é cabível. O Supremo está lá como órgão competente para conhecer e julgar *habeas corpus* nos casos em que a Constituição estabelece. Essa é a nossa percepção. Por outro lado, por exemplo, nós concedemos também na Primeira Turma, mas nós concedemos *habeas corpus*, Ministro Gilmar, em casos que merecem essa concessão. Agora, nós verificamos se há ou não teratologia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Fiquei preocupado quando Vossa Excelência não concedeu o aparte aquela hora que eu ia falar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então observe Vossa Excelência o seguinte: nesse caso específico, a decisão não é provisória. Nós julgamos aqui, no Plenário, e com força de definitividade uma repercussão geral - se eu não me engano da relatoria do Ministro Teori -

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129967.

que sedimentou esse entendimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Qual entendimento, Excelência?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - De que é cabível essa coerção a que se dirige o *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A prisão depois do pronunciamento de segundo grau?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ou não, Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite esclarecer? Houve, inclusive, a colocação em segundo plano do fato de o Superior Tribunal de Justiça antes ter apreciado o recurso especial e deferido ao recorrente, também do extraordinário – que foi inserido no Plenário Virtual e julgado quanto à matéria de fundo – o regime aberto.

Então surgiu no cenário jurídico essa incoerência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ah! sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O especial foi julgado e beneficiou o recorrente do extraordinário. A decisão do Superior Tribunal não foi considerada. Tive a oportunidade de esclarecer à Procuradora-Geral, houve votos vencidos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, Ministro, entende-se. Pelo menos o seu, tenho certeza. Eu quis apenas dizer que o Tribunal não se baseou no provimento provisório, baseou-se numa jurisprudência fixada pelo Plenário do Supremo, e defender também, como se fez o Presidente Alexandre, que nós deferimos as ordens nos casos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, inclusive já consignei isso em pronunciamentos, no que implemento a liminar, afastando a execução provisória da pena, porquanto a execução provisória pressupõe a possibilidade de, reformada a decisão, retornar-se a estágio anterior. Ninguém devolve ao cidadão a liberdade perdida. Mais do que isso: tomei a inserção daquele recurso, no Plenário Virtual, como atropelo às ações declaratórias de constitucionalidade, que ainda estavam e estão pendentes de julgamento.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129967.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -Ministro Ricardo Lewandowski, para completar o voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não. Ministro Gilmar Mendes parece que queria fazer um aparte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quando o Ministro Fux falava da tradição do *habeas corpus,* ele se referiu aos crimes contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, mas eu acho que ele estava se referindo à experiência nossa na Primeira República, e claro que lavagem de dinheiro não era cogitável lá, evidentemente, ou nessa dimensão. Parece-me que houve aí uma certa...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não. Na verdade, eu disse que a finalidade da doutrina do *habeas corpus*, na sua essência, fundou-se na época em que as liberdades públicas estavam suprimidas, ou seja, se nós fizermos um retrocesso na história, nós vamos verificar que aquela construção da doutrina do *habeas corpus* não se referia a delitos contra a Administração Pública. E ela é a base de toda doutrina que se produziu posteriormente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu continuo sem entender, mas eu vou tentar interpretar Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas se Vossa Excelência não quiser concordar, não tem problema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não é porque, na verdade...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Inteligível é. Eu consigo entender Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Claro que é inteligível, o déficit é meu. Mas a questão é a seguinte: a rigor, os abusos que se perpetraram, naquela época, foram respondidos pelo *habeas corpus.*

O que se fala de doutrina - e doutrina brasileira do *habeas corpus*, tanto quanto se conhece e é marcante no constitucionalismo brasileiro - tem a ver com a amplitude do texto constitucional em relação ao uso do *habeas corpus.* Por quê? Porque serviria também para situações outras que não estariam conexas com a liberdade de locomoção. Esse que é o debate.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129967.

E aí o Supremo, a partir de 1909, 1910, passa a fazer uma delimitação para dizer que direitos quaisquer, liberdade de religião, liberdade de manifestação de pensamento e todos os outros, que tivessem subjacentes à liberdade de locomoção, seriam também protegidos pelo *habeas corpus.* Essa é construção.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Evidentemente, não vou contradizer Vossa Excelência nesse particular, porque historicamente isso é verossímil. O que me causa perplexidade é que Vossa Excelência, por exemplo, que conhece a experiência de todas as Cortes do mundo, e as Cortes mais evoluídas, não há de encontrar em nenhuma delas uma Corte Suprema que se dedica à apreciação de cento e cinquenta mil *habeas corpus.* Cento e cinquenta mil *habeas corpus!* Número, agora, mencionado pelo Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas isso pode demonstrar talvez o grau de equívoco das instâncias inferiores.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, também, é muita pretensão nós acharmos que nós é que resolvemos todos os problemas jurídicos, que a Magistratura, então, é composta de jejunos em matéria de direito. Só o Supremo é que acerta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Os mesmos argumentos valem para as ADIs, os mesmos argumentos valem para as ADPFs, os mesmos argumentos valem para os recursos extraordinários.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas isso é competência exclusiva. Isso é o que eu estou dizendo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro Fux, pediria a Vossa Excelência, sem querer absolutamente interromper um debate, que é sempre muito importante, que completasse, porque o Ministro Ricardo Lewandowski teve que parar o seu voto no meio, e assim que o aparte puder ser concluído...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu agradeço.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Esses debates são muito elucidativos e permitem até que nós reconsideremos eventualmente as nossas posições, sobretudo apartes que são revestidos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129967.

da lhaneza.

Senhora Presidente, então, eu quero, evidentemente - a minha argumentação levava a isso -, dizer que conheço desse *HC* pela importância da questão envolvida no bojo deste feito. Mas gostaria também, antes de finalizar, de trazer um dado que me parece extremamente importante, que eu colhi numa palestra que fiz até para os Defensores Públicos do Rio de Janeiro. Nos últimos cinco anos, só de *HC*s impetrados pelas Defensorias Públicas, que foram em número de 8.575, 1.242 lograram êxito, foram concedidas as ordens, portanto, 14%. Tenho outros dados aqui, eles indicam que, somando-se os *HC*s e os *RHC*s dos últimos quinze anos, nós tivemos um índice de êxito de 22%. E nós, na Segunda Turma, temos conhecido com muita generosidade destes HCs lá impetrados até de presos que chegam até o Supremo Tribunal Federal veiculando as suas angústias num pedaço de papel de embrulho, no verso de um maço de cigarro. Esta é a última esperança daqueles que não têm mais esperança. Portanto, é importante dizer que se trata de um remédio constitucional importantíssimo, que não pode, a meu ver, sofrer nenhum tipo de constrangimento.

Portanto, Senhora Presidente, com essas modestíssimas palavras, conheço do HC.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129967.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também quero cumprimentar a Doutora Rachel e também o Doutor Batochio pelas sustentações que tivemos e reiterar os cumprimentos que fiz a Vossa Excelência pela iniciativa de trazer esse tema. E acho que só o debate sobre essas preliminares já quase justificaria este julgamento, porque de alguma forma vamos estar uniformizando posições, como Vossa Excelência bem disse, Ministra Rosa, em relação a essa temática tão importante.

Esse debate, de quando em vez, se renova na Turma, em função também dessa presença. O Ministro Toffoli falou do posicionamento que um Colega ou outro tinha numa ou noutra Turma, tendo em vista o princípio da colegialidade.

Eu fiz uma lista dos obstáculos que surgem e alguns dos que já foram aqui falados, a questão, por exemplo, contra decisão condenatória transitada em julgado. Vossa Excelência mesmo tinha reservas em relação a isto, mas, recentemente, o Ministro Lewandowski

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693220.

lembrou - o Ministro Celso e eu já subscrevíamos isto há algum tempo - e nós entendemos que não há nenhuma dificuldade de se resolver a questão, desde que não se demande questão probatória, que se pode fazer, portanto, a revisão no âmbito do *habeas corpus*.

Quando cabível recurso ordinário, a Turma admite o *habeas corpus* de maneira bastante ampla. Quando cabível recurso especial ou extraordinário, também não há duvidas em relação a isso. Em princípio, poder-se-ia fazer, pelo menos não se discutiria.

Em sede doutrinária, já manifestei preocupação quanto à interpretação restritiva do cabimento de *habeas corpus.* E reputo que essa é uma questão extremamente séria, porque, claro, em última instância.

Não estamos falando de um direito ou de outro, mas do direito de liberdade. É disso que estamos falando. E por isso, não raras vezes, em situações que há conexão - por exemplo, com direito de liberdade; os casos, por exemplo, com suspensão de atividades de autoridades com prerrogativa de foro, associadas ao recebimento de uma denúncia -, o Tribunal, ao derrubar a denúncia, conceder o *habeas corpus*, determina também que, desde logo, aquilo repercute sobre a decisão de suspensão. E o Colegiado muitas vezes aceita o *habeas corpus* contra o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693220.

próprio ato - esse ato de suspensão, quando não há, por exemplo, denúncia. Há alguns casos do STJ em que servidores, membros de tribunais de contas ficaram afastados por anos, sem que houvesse nenhuma medida ou nenhum oferecimento de denúncia. O colegiado entendeu cabível o *habeas corpus.*

Então temos aqui várias questões que envolvem essa temática. A Súmula nº 691, aqui, nenhuma dúvida nos casos de teratologia. Foi até muito interessante, estava aqui quando a aprovamos; veio aquele pacote de súmulas, aprovamos a Súmula nº 691. E em seguida começaram a aparecer as exceções. E houve até proposta, de imediato, de revogar a Súmula nº 691. Ministro Pertence acho que foi até Relator desse pacote, desse número imenso de súmulas. Logo em seguida, falou-se: "Não vamos revogar ainda, porque vamos testar como um filtro, mas sempre poderemos contornar quando houver riscos para a proteção judicial".

Ministro Toffoli já falou aqui sobre *o habeas corpus* de ofício. Se o Tribunal tomar conhecimento do fato, de algum modo já pode fazê-lo. E veja que isso é um dispositivo de um CPP feito em período autoritário. É muito curioso que a gente esteja fazendo uma leitura

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693220.

autoritária, hoje, do texto de 1988. Veja, Presidente, o *habeas corpus* de ofício é norma originária. Só pra gente registrar em que plano mental estamos nos colocando em relação a essa temática.

Não é preciso dizer que esse tipo de restrição fala mal de nós como órgão de garantia. Fala mal, compromete. Dizer ter orgulho de não conhecer de *habeas corpus* é um grande problema, grave problema. Criar mecanismos de restrição ao sistema é extremamente grave, é extremamente sério. Isto precisa ser observado. De que vale o discurso da eficácia dos direitos fundamentais, se esta estrutura matriz do sistema... Nós não vamos conceber nenhum outro instrumento mais importante do que este. Até porque dele derivaram as outras ações, na nossa tradição. Daí vieram, no nosso caso, o mandado de segurança e, sob 88, o mandado de injunção e o *habeas data*. Mas essa é a tradição. Mas não é só aqui. Como disse o Ministro Toffoli, esta é a estrutura básica do constitucionalismo, a ideia de que uma ordem judicial no *habeas corpus* tem que ser cumprida.

Eu sempre cito o Professor Martin Kriele, um notável professor da Universidade de Colônia, que dizia: "Os catálogos de direitos fundamentais valem pouquíssimo". Chamando atenção para o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693220.

Direito inglês, em que ele diz que, sem catálogo formal de direitos fundamentais - hoje temos a Convenção Europeia -, sem catálogo formal com *status* de direito fundamental, a Inglaterra é um Estado de direito porque as ordens de *habeas corpus* são cumpridas, porque os juízes são independentes. Pensar em um modelo para encapsular a instituição do *habeas corpus* é extremamente grave, sobretudo no contexto daquilo que se chamou uma Constituição Cidadã; extremamente séria, Presidente, essa temática.

Não vejo, portanto, por todos os títulos, como, num caso que tal, não conhecer do *habeas corpus*. E, como vimos na espécie, houve a denegação da liminar, mas já houve o julgamento de mérito; se não tivesse havido, deveríamos, sim, até porque é muito difícil, considerando a polêmica hoje subsistente sobre o tema, dizer que essa causa não tem relevância. Tanto é que, de alguma forma, nós a estamos julgando quase que como substitutivo das ADIs e de ADCs que estão aí prontas, colocadas para julgamento. Ora, só isso já diria suficiente a relevância, portanto, para o afastamento da Súmula 691.

De modo que, Presidente, cumprimentando mais uma vez Vossa Excelência, pedindo todas as vênias à dissidência, eu

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693220.

acompanho, no caso, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, no que diz respeito ao conhecimento do *habeas corpus*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14693220.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não é à toa que o *habeas corpus* é denominado remédio heroico. O é porque voltado a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão, quer já alcançada, quer ameaçada.

Digo que o *habeas corpus* não sofre qualquer peia, nem mesmo a decorrente da preclusão maior do título condenatório. É adequado em qualquer situação jurídica em que se tenha envolvida a liberdade, segundo bem maior do cidadão, após, como já foi ressaltado, a própria vida.

Já se disse, no Plenário, que há risco muito grande, sob o ângulo do engessamento, ao editar-se verbete de súmula versando matéria penal ou processual penal. Foi editado realmente, em conjunto com outros tantos verbetes, o de nº 691 da Súmula. Mas esse verbete – já houve ensaio de revogação – tem sido temperado, distinguindo-se as situações. Não cabe, simplesmente, apontar que o Supremo não pode examinar impetração quando dirigida contra ato individual, como se o relator estivesse acima, inclusive, do próprio Colegiado. Decisão do Colegiado desafia *habeas corpus*, mas do relator não.

Se formos à Constituição Federal, vamos ver que os integrantes do Superior Tribunal de Justiça estão submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do Supremo, a atrair a competência deste para analisar o merecimento de atos que formalizem.

Hoje, parece que há aversão maior aos *habeas corpus*. Chegou-se mesmo a utilizar nomenclaturas próprias aos recursos quanto a essa ação nobre, no que voltada – repita-se à exaustão – a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. Chegou-se a transportar, para apreciação do *habeas corpus* – e falo considerada a experiência na Primeira Turma, não da Segunda, porque, quando deixei a Presidência do Tribunal, a ela não voltei, perdendo o contato com os pronunciamentos, pelo menos o físico –, regra própria à recorribilidade extraordinária, exigindo-se o esgotamento da jurisdição na origem. Quer dizer, hoje se vê o *habeas*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14683587.

corpus não como deve ser visto, como um remédio heroico, mas como algo que está simplesmente a sobrecarregar o Supremo.

O ministro Sepúlveda Pertence – perdoe-me Sua Excelência pelo registro, estando presente, na assistência – costuma referir-se à história do Supremo no campo penal, no campo das impetrações, o que elevou este Tribunal a um patamar maior.

Então, não vejo, Presidente, como obstáculo à impetração o verbete nº 691. Mas há mais – e para mim seria desnecessário esse fenômeno –, ocorreu o aditamento. Após a apreciação da liminar pelo relator, houve aditamento, tendo em conta o fato novo, ou seja, o crivo do Colegiado. Dizer-se, simplesmente, que se deve considerar estritamente o quadro fático da época da impetração é, como ressaltou a ministra Rosa Weber, potencializar a forma pela forma, porque, amanhã, o protocolo será acionado com nova impetração.

Afasto o obstáculo.

Examino a problemática do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional. Deve-se distinguir as situações. Sabemos que o recurso está sujeito à oportunidade. O *habeas corpus* não, está sujeito a um prazo, um prazo peremptório. Uma vez em jogo – repito – a liberdade de ir e vir, já alcançada ou ameaçada, não se tem como articular com o obstáculo do cabimento – e a esta altura o prazo já transcorreu do recurso ordinário constitucional – contra o ato impugnado.

Acompanho, Presidente, o ministro Alexandre Moraes, no voto proferido, admitindo – não conheço ou deixo de conhecer, porque não é recurso – a impetração.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14683587.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Penso que, no exame da questão preliminar **suscitada** pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, não podemos desconsiderar o elevado papel institucional do Supremo Tribunal Federal no plano da construção de uma jurisprudência das liberdades.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite uma última palavra, ainda em aditamento ao voto?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É com muito gosto, Presidente, que vejo a distinção: atuação na Turma, quando se ressalva o entendimento pessoal; e atuação no Pleno, cenário adequado para reapreciar-se as matérias em geral.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Não constitui** demasia insistir **na afirmação**, Senhora Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se** *do seu grave compromisso* como espaço institucionalizado de defesa das liberdades fundamentais **e** de proteção dos direitos e franquias individuais.

Por essa razão, *e não obstante o douto voto* do eminente Relator, **peço licença** para, **acompanhando** a divergência **iniciada** pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES, **conhecer** da presente ação de "*habeas corpus*" **e dar-lhe** normal prosseguimento.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085642.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S)	: LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S)	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S)	: JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, o Ministro **Celso** fez referência a dispositivos de Constituições anteriores do nosso País que permitiam ao Supremo o conhecimento originário de **habeas corpus**. Isso ainda é presente em relação ao Tribunal Superior Eleitoral.

Diz o art. 22 do Código Eleitoral vigente:

> "Art. 22 - Compete ao Tribunal Superior:
>
> I - Processar e julgar originariamente:
>
> [...]
>
> e) (....) ou, ainda, o *habeas corpus*, quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração."

Eu mesmo fiz o uso desse dispositivo quando era juiz do Tribunal Eleitoral o Ministro **Maurício Corrêa**, sendo Presidente o Ministro Néri da Silveira. Tratava-se de uma prisão, durante o período eleitoral, de um procurador do Estado do Amapá por um juiz de primeira instância da Justiça Eleitoral. Entrei com o pedido diretamente no Tribunal Superior Eleitoral. Havia dúvidas, até na Secretaria, se caberia ou não o pedido. Por fim, o Ministro Néri, Presidente, determinou a imediata distribuição

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819458.

do processo. Ele foi distribuído ao Ministro **Maurício Corrêa**, que deferiu a ordem e mandou soltar, imediatamente, aquele paciente, fazendo uso, então, desse dispositivo, que ainda é vigente no Tribunal Superior Eleitoral.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819458.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, acho que não temos dúvida sobre o que foi aqui dito, desde as sustentações orais do nobre Advogado, sempre Presidente da Ordem dos Advogados, Doutor Roberto Batochio, como da Procuradora-Geral da República, passando pelos argumentos apresentados pelo Ministro-Relator e por todos os Ministros, que estamos a falar de algo que é a própria história do Supremo, que é a história da liberdade e a história do *habeas corpus.*

O que se põe e o que se tem como compreensões diferentes diz respeito às normas sobre competência para julgamento, e apenas isso. Estamos todos de acordo quanto à fundamental importância deste Supremo Tribunal Federal, cuja história se fez a partir do exercício das atribuições em defesa da liberdade, e do *habeas corpus* que, desde sempre, é considerado o principal instrumento para a garantia de ir e vir.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, nesta tarde, está a afirmar a importância do seu papel como guardião da Constituição na defesa da liberdade, que é o núcleo central do constitucionalismo, além da vida e da dignidade humana. A divergência existe, exclusivamente, quanto à competência para conhecer de *habeas corpus* em determinadas circunstâncias.

Este Supremo, em diversas ocasiões, tanto já conheceu de *habeas corpus* e até deferiu liminar quando não havia previsão legal, quanto, com a superveniência de normas, também mudou sua forma de julgar. Vide, por exemplo, o que foi exposto hoje, ou seja, a jurisprudência mais recente que faz com que haja diferença de compreensão e de aplicação das normas na Turma sobre a possibilidade de se vir diretamente aqui quando se tem, por exemplo, o que foi alegado inicialmente pelo Ministro Edson Fachin, aplicando-se a Súmula nº 691, por uma forma de ver num determinado momento, deste Tribunal, que ainda prevalece. No ponto, aliás, supero inteiramente a questão, porque já houve a substituição por

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129970.

outro título, que é o julgamento colegiado no Superior Tribunal, e que Vossa Excelência, tendo deferido o aditamento e acatado, fez com que o objeto próprio do *habeas corpus* seja aquele julgamento colegiado; portanto, seria inaplicável.

Entretanto, na Primeira Turma, quando dela fazia parte, votei no sentido de reconhecer que o *habeas corpus* não seria cabível quando o fosse o recurso em *habeas corpus*, garantindo-se sempre a possibilidade de, havendo o que se denomina "teratologia", permitir o conhecimento de ofício.

Ao mudar para Segunda Turma, ressalvei meu ponto de vista sempre, mas adotei o princípio da colegialidade, para aceitar que nessa Turma, predominantemente, o entendimento era diferente e cumpria respeitar o que ali assentado por maioria.

Hoje, o caso se põe no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. E, no Plenário, tenho a possibilidade de adotar compreensão mais exata de que seria pertinente, efetivamente, o recurso no *habeas corpus*, como está posto na Constituição, razão pela qual peço vênia à douta maioria formada no sentido do conhecimento, para acompanhar o Ministro-Relator, por não vislumbrar aqui nenhuma situação que não permitisse que tivesse sido usado o caminho regularmente estabelecido na Constituição.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129970.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Presidente, sem me antepor ao compromisso importante e compreendendo eventualmente outras ausências que se farão involuntárias, como eu examinei a matéria e talvez Vossa Excelência vai cogitar da hipótese de suspender a sessão, eu me permitiria ponderar aos eminentes Colegas e a Vossa Excelência, até para fomentar o debate e propiciar, caso ocorra a suspensão da sessão, se eu não poderia, eventualmente, apresentar o meu voto na sessão de hoje. Assim, eu distribuiria a todos os eminentes Colegas e, ao ser retomado, haveria, quiçá, condições para arrematar o julgamento e até mesmo para fomentar o debate.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O ideal seria a sequência e terminar o julgamento, não ficando um voto, no contexto, solitário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu também tenho um compromisso. Eu planejei ficar até o fim do horário regimental.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Permito-me apenas lembrar aos ilustres Colegas - eu não iria usar essa circunstância, também é desnecessário -, mas estou aqui a rememorar que o art. 139 do Regimento Interno, que prevê:

"Art. 139. O julgamento, uma vez iniciado, ultimar-se-á na mesma sessão, ainda que excedida a hora regimental."

A praxe tem levado a cessar o julgamento na hora regimental. Apenas estou me propondo a apresentar o voto, mas não faço questão de assim proceder. Estou apenas querendo colaborar com a prestação jurisdicional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Dando sequência ao que sempre tenho adotado - e acho que o princípio

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129971.

democrático é melhor -, eu me permitiria ouvir dos Colegas se seria o caso de suspender a sessão e retomar o julgamento na próxima, que será na quarta-feira subsequente, até porque este será um debate importante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quarta-feira subsequente à semana da Páscoa?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, que será no dia 4. Mas eu prefiro ouvir os Colegas, até porque, como foi anunciado por alguns, há compromissos , e a leitura de voto de Vossa Excelência, Ministro Fachin, acho que seria conveniente que todos ouvissem.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129971.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, apresentei uma proposta intermediária, a de pelo menos apresentar o voto para que, com o adiamento, o debate se frutificasse, mas a decisão que Vossa excelência coloca acaba impondo uma certa escolha plebiscitária.

Eu, com todas as vênias, fico com o regimento, pela continuidade da sessão.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14615766.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Presidente, voto pelo adiamento, se Vossa Excelência entender melhor, com uma condição.

Vossa Excelência colocou em julgamento apenas o primeiro item (adiamento), mas um não pode ser afastado do outro. Se suspendermos o julgamento, entendo que se deva conceder o que foi solicitado da tribuna.

Estou pronta, com voto, para dar continuidade ao julgamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aguardar-se não o julgamento das declaratórias – sob a minha óptica –, mas, ao menos, congelando a situação jurídica atual, o do *habeas corpus*.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu fico sempre com essa dificuldade, porque de ordinário suspendemos o julgamento. E se dois colegas irão se afastar por necessidade indeclinável, com voo marcado, confesso que me sinto constrangida de não votar pela suspensão.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14944997.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, seguirei a observação feita pela Ministra Rosa. Há, pelo menos, uma possibilidade de se votar pela suspensão, mas com a prática de atos urgentes, conforme referido basicamente pelo eminente advogado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Com o deferimento de liminar?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não estou falando de deferimento, mas que é possível a suspensão do julgamento e a votação na sequência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129972.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO / QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, também me encontro pronto, o quanto necessário, para finalizar o julgamento. Todavia, as obrigações e compromissos que assumimos são em razão do horário prévio das sessões. E é sempre bom lembrar, a sessão de quinta-feira é extraordinária; a sessão extraordinária mais ordinária que conheço, uma vez ser extraordinária há anos e anos, décadas, melhor dizendo.

Apesar de estar pronto para dar continuidade a uma causa tão importante e com necessidade de ser julgada, respeito os eminentes colegas e também levo em conta o passar da hora, as condições físicas para um debate - sabemos que temos limites e que há situações que realmente nos impõem determinadas circunstâncias, de resistência humana até. Embora não estejamos aqui a julgar as ações abstratas, o tema se abstratizou, necessitando, portanto, de um aprofundamento.

Penso que o mais conveniente seria suspendermos a sessão, com o acatamento do pleito feito pelo eminente Dr. Roberto Batochio, conforme adiantou a Ministra **Rosa Weber**.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819457.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu penso que o Regimento da Casa precisa ser interpretado à luz da razoabilidade. O Regimento é, na verdade, uma trilha e não um trilho.

Eu estava tentando fazer um cálculo com o eminente Ministro Marco Aurélio sobre o tempo que nós levaríamos para concluir este julgamento. Se cada um levasse vinte minutos para proferir o seu voto, nós, com certeza, considerados os onze votos, ultrapassaríamos a meia-noite. Isso não é razoável, o rendimento da Corte cairia brutalmente e nós, a partir de determinado horário, não nos faríamos mais entender.

Eu até confesso que, se o julgamento fosse prosseguir, eu cancelaria os meus compromissos. Eu só faltaria se estivesse doente, porque acho que realmente a prestação jurisdicional é inafastável, mas há limites, e creio que um dos limites é a razoabilidade e uma prestação jurisdicional escorreita e, com esse prazo que nós estamos preconizando, isso seria, *data venia*, impraticável.

Portanto, sem embargo de, eventualmente, se fosse o caso, deixar de lado os compromissos já assumidos, manter-me-ia no Plenário, mas entendo que não é razoável prosseguirmos, a esta altura, com este julgamento. Voto pela suspensão.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018378.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, entendo a manifestação do Ministro Edson Fachin e Sua Excelência tem razão em invocar a norma regimental, considerando que Sua Excelência tem vivido esse drama, essa espada de Dâmocles, sobre este julgamento e, certamente, gostaria de tê-lo, pelo menos, iniciado, com o seu voto, mas as circunstâncias indicam que nós temos imensas dificuldade e, infelizmente, não temos uma sessão amanhã nem na semana que vem, de modo que me parece razoável, considerando inclusive a semana com sessões intensas e as dificuldades que os Colegas já apontaram. Também me parece ser razoável que, neste caso, defira-se a medida liminar pedida.

Eu gostaria, Presidente, ao finalizar, de registrar mais uma vez a importante participação da Dra. Raquel, mas enfatizar a importância da advocacia neste caso. Todos nós ficamos realmente bastante encantados com a atuação do Dr. Batochio - isso já foi citado aqui. Alguns de nós ficamos até com inveja do seu acento em francês. Na verdade, isso mostra a importância do advogado e da advocacia em momentos muito delicados da vida nacional. Ver Batochio assomar à tribuna nos faz lembrar a Ordem dos Advogados do Brasil de Faoro, Ministro Lewandowski.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14786682.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhora Presidente, acompanho a ministra Rosa Weber nas duas colocações. Na primeira, porque tenho voo já com *check-in* feito e o embarque é às 19h40, para cumprir compromisso que, penso, decorre até da cadeira ocupada no Supremo – homenagem a esta cadeira –, que é assumir amanhã, no Rio, a Presidência do Conselho Consultivo da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, uma honra para mim.

Na segunda, porquanto o paciente veio ao Supremo e não logrou a jurisdição definitiva no *habeas corpus*. Nada mais natural do que congelar-se, como disse, a respectiva situação jurídica, afastando-se – até o julgamento, para mim, das duas declaratórias de constitucionalidade, mas fico vencido neste ponto – pelo menos a possibilidade latente de prisão, até que encerrada a apreciação do *habeas corpus*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14683591.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Acompanho** a eminente Ministra ROSA WEBER **no sentido** *de suspender-se* o presente julgamento, **para que seja reiniciado** no próximo dia 04 de abril, quarta-feira.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085680.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S)	: LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S)	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S)	: JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Colho os votos que ainda não foram colhidos - porque alguns tiveram que se ausentar e já se anteciparam -, no sentido do deferimento da liminar até o dia 4/4, dia da retomada do julgamento ou da finalização, se for o caso, desse julgamento, e apenas isso.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130114.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, em decisão de 16 desse mês corrente, eu assentei - e me permito ler dois ou três parágrafos - o seguinte - que se aplica ao pedido que vem de ser feito da tribuna: ao indeferir o pleito liminar, em decisão que, por brevidade, deixo de repisar, assentei que o ato então apontado como coator não traduzia, e ainda não traduz, violência à jurisprudência desta Suprema Corte:

"A questão, pois, é fundamentalmente essa: no momento da impetração inicial, e mesmo após o aditamento, não se alterou, nesse interregno, a orientação da jurisprudência firmada majoritariamente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema da execução criminal após a sentença condenatória ser confirmada à unanimidade por juízo colegiado de segundo grau.

A higidez constitucional desse proceder foi explicitada pelo Tribunal Pleno em três recentes oportunidades: HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016; ADCs 43 e 44 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016 e ARE 964246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016, inexistindo manifestação posterior do colegiado maior que colida com tal entendimento.

Nada obstante reconheça que essa compreensão poderá, em tese, até sofrer alteração no julgamento das ADCs supramencionadas, ressalto que, ao menos até o momento, tais ações não tiveram o mérito examinado, não havendo modificação daquela orientação, expressa na apreciação das respectivas Medidas Cautelares, das quais restou vencedor voto deste subscritor, consoante entendimento que mantenho inalterado. A propósito, esse cenário atrai, em minha compreensão, a incidência do disposto no art. 927, I e V, do CPC, aplicável, à luz do art. 3º do CPP, à espécie"

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14615767.

Lá expendi essas razões, Senhora Presidente, e aqui as tomo pedindo todas as vênias às compreensões em sentido contrário. Mas, em homenagem à colegialidade, deferir a liminar, nesse momento, seria subverter esses três julgamentos do colegiado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14615767.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S)	: LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S)	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S)	: JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, o que está em questão no julgamento desse *HC* é exatamente a higidez da liminar concedida pelo eminente Ministro-Relator, Edson Fachin.

Com o devido respeito, não me parece um argumento adequado para afastarmos uma possível medida cautelar, até porque os impetrantes e o paciente não podem suportar o ônus de um adiamento do julgamento ao qual não deram causa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018379.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, com todo o respeito aos que se posicionaram em contrário, voto no mesmo sentido do Ministro-Relator.

Entendo que conceder essa medida liminar pleiteada agora é conferir uma liminar contra a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; e nós ainda não a alteramos.

Todo o *habeas corpus* é baseado exatamente na questão da prisão em segundo grau. Esse é um *habeas corpus* que começou contra uma ordem monocrática. À decisão da Turma, teve sua ordem alterada. Não se pode, a meu ver, entender como teratológica a decisão da Turma do Superior Tribunal de Justiça, tomada por cinco votos a zero, à unanimidade.

E, com o devido respeito aos posicionamentos em contrário, não há nenhum precedente, nesta Casa, de um *habeas corpus*, durante o julgamento do *habeas corpus*, se algum Ministro pede vista, imediatamente se conceder a liminar para se aguardar ou para sobrestar o julgamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Já houve precedente em caso de pedido de vista; participei de julgamento aqui.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Para sobrestar o julgamento nunca houve.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, não...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não é para sobrestar o julgamento.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Houve o pedido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nem pus em votação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu estou

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130045.

analisando os dois pedidos que foram feitos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, eu refaço, Ministro, até porque o Ministro Marco Aurélio já tinha votado o que eu tinha posto em votação. O doutor Roberto Batochio pôs na tribuna uma outra possibilidade que eu não pude colocar e nem poderia, porque, inclusive, Colega nosso já tinha votado, alguns já tinham antecipado e um já tinha se ausentado. Portanto, o que está aqui, exclusivamente, é se deferiria a liminar até o dia 4.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A segunda conclusão, também pelos mesmos motivos, acho incabível a concessão da medida liminar, indefiro nos termos também do voto do Ministro-Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130045.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu não considero irrelevante o fato de se tratar de um ex-presidente da República - da República. Republicanamente, portanto, acho que ele deve ser tratado como qualquer brasileiro, e não tenho conforto de abrir uma exceção. Nesse caso, há uma jurisprudência em vigor, eu sinceramente não vejo razão para a concessão da medida liminar. O Estado de direito nos impõe algumas obrigações de não desviar de um reto caminho. Portanto, independentemente dos sentimentos pessoais que as pessoas possam ter, o nosso papel é cumprir a Constituição e as leis. Nesse caso, seria abrir uma exceção que eu não gostaria de abrir.

Voto pela negativa da liminar.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14882130.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu estou quase alterando o meu voto. Talvez não altere pela ausência do Ministro Marco Aurélio. Eu entendi que hoje não seria viável encerrar o julgamento. Por essa razão, e com todo respeito ao meu querido amigo Ministro Luís Roberto, o deferimento condicionado que eu propunha, no sentido de que se suspendesse este julgamento agora para continuarmos, como fazemos quase todos os dias, em outro, dificilmente conseguimos encerrar os julgamentos. Entendo inviável atribuir a um jurisdicionado – a qualquer jurisdicionado –, independentemente de quem, o ônus da nossa inviabilidade de julgar com maior celeridade. Só isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Rosa, eu, coerentemente, votei pela continuidade do julgamento, porque eu não achava próprio conceder a liminar. Eu teria julgado até a hora que fosse.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu não tinha preferência, eu estava disposta a ficar aqui até a meia-noite, a uma, às duas da madrugada, julgando. Como aliás eu já fiquei em outros julgamentos em que muitos não conseguiram permanecer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é porque o caso é uma liminar contra a jurisprudência em vigor.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Está vinculado, Ministro Luís Roberto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministra Rosa, apenas para esclarecer se o que eu computei foi exatamente isso. A maioria, sem o voto de Vossa Excelência, foi no sentido mesmo de suspender o julgamento. Eu apenas estou recolocando a questão porque alguns votaram já - Ministro Dias Toffoli, Ministro Marco Aurélio -, como Vossa Excelência, que suspendia e deferia a liminar. Como alguns não tinham se manifestado separadamente, estou

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130044.

perguntando se posso computar o que computei dos votos, no sentido de de que Vossa Excelência acolhe a suspensão, porém defere a liminar até o término deste julgamento. É isto? Está correto?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E tem precedente nessa linha, Senhora Presidente. Eu não me lembro agora do número do processo, mas justamente para evitar prejuízo ao jurisdicionado, já concedemos liminar. Infelizmente, eu não estou lembrada do número do processo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130044.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, pelo que entendi, na verdade, o que estamos votando, em termos de coerência é o seguinte: aqui é uma tutela antecipada da questão de mérito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não. É apenas o seguinte: a maioria votou no sentido de suspender o julgamento, retomarmos na próxima sessão, que será no dia 4, e, considerando isto, o Advogado então, da tribuna, pediu que fosse deferida liminar para que não houvesse implementação de ordem de prisão, se for o caso, até o término deste julgamento. Como a maioria votou no sentido desta suspensão, agora estou tomando o voto daqueles que não tinham se pronunciado sobre isso - alguns se pronunciaram sobre os dois temas. Estou tomando o voto de Vossa Excelência sobre se: adiado que está - como foi decidido pela maioria do Plenário, para a retomada na próxima sessão deste julgamento -, se Vossa Excelência defere ou indefere o pedido de liminar para vigorar até o final deste julgamento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E qual é o pedido? Para que não sejam julgados os embargos de declaração?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não. Para que não haja implementação da medida de constrição de liberdade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso coincide com aqueles que vão conceder ou não vão conceder a ordem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, Ministro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na essência coincide.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso aqui não é antecipação de voto, absolutamente. É apenas porque o advogado explicita que o julgamento não acabou. E, se o julgamento

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129983.

acabar no dia 4 e chegarmos à conclusão que concede-se o *habeas*, a decisão será uma, se denegada a ordem, outra. Porém, o paciente fica sem saber qual é a nossa decisão, e o que ele pleiteia é isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É claro, Presidente, tendo em vista que a nossa jurisprudência ainda é essa jurisprudência que autoriza essa execução, não fico confortável de ter uma posição de mérito já manifestada e conceder essa medida.

Vou acompanhar o Relator, também com os fundamentos do Ministro Alexandre.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129983.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, como eu já me manifestara anteriormente, acompanho a Ministra **Rosa Weber**.

E, pelo que compreendi do voto de Sua Excelência, ela está acatando um pedido absolutamente técnico, de maneira precaríssima, de que não haja eventual implementação de uma prisão automática, prevista em razão da súmula do Tribunal Regional Federal, enquanto não terminarmos o julgamento que ora se iniciou na tarde de hoje.

É algo absolutamente lógico, justo, correto. Isso não significa nenhuma antecipação a respeito do tema jurídico colocado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nem houve, ainda, o voto de mérito do Relator.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente. Nem é uma superação de alguma decisão liminar já negada anteriormente pelo eminente Relator. É uma outra questão que foi colocada. É uma questão absolutamente técnica e lógica do sistema processual. E, como já conversamos anteriormente, este julgamento demoraria muito e não teríamos mais condições físicas, ao fim e ao cabo, de finalizá-lo na data de hoje.

O resultado ninguém sabe qual será. Então, este pedido feito é um pedido absolutamente pertinente, lógico e não diz respeito à questão de fundo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência então defere.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129982.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Acompanho a eminente Ministra Rosa Weber, porque é uma jurisprudência absolutamente pacífica da Corte e de outros Tribunais que a parte não pode suportar ônus processuais, que devem ser imputados ao Estado-Juiz.

Decidimos isso todos os dias. Se o atraso na prestação jurisdicional, como é o caso hoje, deve-se exclusivamente ao Estado-Juiz, não pode a parte - no caso, os impetrantes e o paciente - suportar esse ônus.

Portanto, sou pelo adiamento, pela concessão da medida liminar, nos exatos termos propostos pela eminente Ministra Rosa Weber.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018380.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu gostaria também de dar esta palavra, se é que serve de conforto e apoio à Ministra Rosa Weber.

São tantos os precedentes nesse sentido aqui, que não sabemos elencar e nem precisamos. É algo mais ou menos óbvio, porque, o que se está discutindo? Na verdade, é a ideia de proteção judicial efetiva. Portanto, se se pede o mérito e não se pode garantir o mérito, para que o julgamento seja útil, concede-se a cautelar, uma liminar. É só disso que se cuida, não há nenhuma novidade e não se trata de nenhuma antecipação.

Quanto ao julgamento, aí também há uma interpretação um tanto quanto confusa. Se nós pegamos os votos - e isso é responsável um pouco, talvez, até pela confusão que foi apontada na tal súmula do Tribunal Regional do Rio Grande do Sul -, aqui é uma questão, Presidente, dos debates, pelo menos essa foi a minha orientação, de que ali se estava permitindo, autorizando a prisão em segundo grau, não se estava determinando, como se fez, depois, a leitura, a possibilidade de que se decretasse a prisão em segundo grau. Esse era o entendimento, e o meu voto inclusive dizia isso, está se abrindo essa possibilidade.

E aqui não se trata de nenhuma solução *ad hominem*, de maneira nenhuma. Tanto é que nós todos temos, pelo menos na Turma, decisões nesse sentido, de se fazer um prognóstico sobre a possibilidade da reclamação do recurso e conceder-se a ordem. O Ministro Celso de Mello tem precedentes, o Ministro Marco Aurélio tem vários, o Ministro Lewandowski, o Ministro Toffoli e eu temos várias decisões. Por quê? Porque o entendimento sempre foi, pelo menos neste grupo, de que ali se estava discutindo, vis-à-vis a decisão do Plenário, apenas se era cabível ou não, se era possível ou não a prisão. Daí, talvez, a necessidade de se discutir, em algum momento, se for o caso de manter a orientação, a necessidade de uma fundamentação. Mas essa é uma outra questão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - De

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129981.

mérito. Aqui é só uma liminar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De mérito. E veja, Presidente, nesse sentido eu estou absolutamente confortável, porque é difícil me imputar simpatia pelo PT, como todos sabem. Então, realmente, aqui dá para lembrar o clássico texto de Ruy Barbosa: se a lei cessa de proteger os nossos adversários, cessa virtualmente de nos proteger.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129981.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, como foram mencionados precedentes em sentido diverso, eu tenho anotado alguns precedentes, como o Habeas Corpus 146.277, Relator o eminente Ministro Dias Toffoli; o Recurso em Habeas Corpus 141.725, Relator o eminente Ministro Gilmar Mendes; e também o Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 615.931, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, prestando deferência a essa decisão, com ressalva da posição pessoal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não, mas aí é mérito.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - É que, aqui, há uma zona fronteiriça, e estou a duvidar se não há um adiantamento do mérito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, Ministro, eu estou apenas reafirmando que estamos aqui a decidir exclusivamente um pedido por si.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cada um vota por si, não cabe aditar algo a um voto que eu proferi.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15129980.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Achando-me** *em Plenário*, Senhora Presidente, **tenho a liberdade** de insistir *em posição que restou minoritária* em julgamentos anteriores, **na medida em que** os precedentes, *quando contestados*, **podem** ser reapreciados – **e**, *até mesmo*, **alterados – sempre** que a Corte, em sua composição integral, *for provocada a reexaminá-los* **em decorrência** de alterações supervenientes relevantes de caráter jurídico **ou** de ordem fática.

É por isso que reconheço a plausibilidade jurídica do direito vindicado em favor do ora paciente **e** a possibilidade de consumar-se situação configuradora do "*periculum in mora*".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Posso fazer uma observação, Excelência?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É importante, e Vossa Excelência já o fez - acho que faço um aparte a uma reflexão anterior de Vossa Excelência -, que o fato de se estar aqui a julgar um *habeas corpus* de um ex-presidente da República não faz com que nós estejamos dando um tratamento diferente. Não deve ser ele privilegiado, mas também não deve ser ele perseguido por ter a condição de ex-presidente. Nós não devemos buscar aqui, por algum tipo de sadismo, um sentimento de exemplaridade, Presidente. Então nós temos que ter muito cuidado com isso. Ele não é mais cidadão, mas também não é menos cidadão. Não deve ficar, por isso, desprotegido.

É bom que isso fique bem assente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085681.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em suma, Senhora Presidente, **razões** de caráter estritamente técnico **e** de índole processual **levam-me a conceder**, *no caso*, **com a vênia** daqueles que pensam em sentido diverso, **a tutela de urgência** que foi requerida **e** claramente justificada no caso ora em exame.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085681.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Deixar claro. Há uma decisão firmada pelo Supremo em repercussão geral e, por esta razão, não considero próprio dar uma cautelar para excepcionar uma decisão vinculante do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Repercussão geral não tem efeito vinculante. Só para esclarecer.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu também gostaria de dizer isso. Não é uma decisão com efeitos *erga omnes*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não tem efeito vinculante, e todos nós sabemos bem.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018381.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, permita-me um último registro, por favor.

Quando Vossa Excelência me deu a palavra para votar, eu disse que não iria atender ao que Vossa Excelência colocara no sentido de que estava em votação apenas a primeira questão, porque, a meu juízo, ou nós ficamos aqui até as duas da manhã encerrando o julgamento, ou nós o suspendemos e temos que deferir a liminar. Essa é a questão que se colocou para mim. Se nós vamos suspender o julgamento, temos que necessariamente deferir a liminar, com todo o respeito.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14944999.

22/03/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Peço vênia à maioria formada, a douta maioria, porque como exposto pelo Ministro-Relator, não vejo razões tão urgentes que possam levar a um perigo que não possa ser coartado imediatamente, se for o caso, se vier a se concretizar uma lesão que se mostra já analisada duas vezes pelo Ministro-Relator e que foi baseada numa decisão deste Plenário, reiterada por três vezes.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130115.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 152.752
PROCED. : PARANÁ
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS (000814/DF)
ADV.(A/S) : JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE (00578/DF) E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do *habeas corpus*. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste *habeas corpus*, que se dará na sessão de 04.04.2018. Falaram: pelo paciente, o Dr. José Roberto Batochio; e, pela Procuradoria-Geral da República – PGR, a Drª. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Plenário, 22.3.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14623793

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): 1. Senhora Presidente, vencido na preliminar, passo ao exame do mérito.

Trata-se neste HC da análise da higidez de um ato concreto apontado como coator e tido como configurador de ilegalidade ou abuso de poder. Por isso, é tema circunscrito e de menor amplitude em relação às ações objetivas (as ADCs 43 e 44). Não é a hipótese de implementar, neste *habeas corpus,* uma revisita ao tema subjacente. O objeto deste HC se coaduna com a destinação constitucional do remédio constitucional em apreço:

> "Art. 5°. (…)
> LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que **alguém** sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, **por ilegalidade ou abuso de poder;** (...)".

Em outras palavras, o que está em questão, nesta ocasião, é o **julgamento do ato indicado como coator, um ato concreto do STJ num caso específico. A partir do texto constitucional acima citado e da jurisprudência deste STF, a pergunta que emerge é: haveria no ato indicado como coator ilegalidade ou abuso de poder?**

Apresento a resposta.

2. Conforme já mencionado em sede preliminar, apontou-se como ato coator, inicialmente, a decisão monocrática, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, por meio de aditamento, a defesa noticiou a superveniência, no contexto daquele Tribunal Superior, de acórdão denegatório da ordem, decisão assim ementada:

"HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

I - Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"*. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

> III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, Quinta Turma, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJe 31/10/2017).
>
> IV - Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no *mandamus*, que é questão eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.
>
> *Habeas Corpus* denegado."
>
> (HC 434.766/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 15/03/2018)

O que se perquire, nesta impetração, é se tal ato apontado como coator configura, ou não, ilegalidade ou abuso de poder.

3. Quanto a isso, do ato apontado como coator, por relevante, transcrevo trecho do voto proferido pelo Relator, o eminente Min. Felix Fischer (*grifei*):

> "Com efeito, **o vetor hermenêutico atualmente conferido pela e. Corte Suprema e por esta Corte Superior**, repisando a jurisprudência por um lapso temporal adormecida, direciona-se, novamente, no sentido de que o artigo 283 do CPP (…) **não impede a antecipada execução da reprimenda, pois uma vez encerrada a análise de fatos e provas que assentam a culpa do condenado, com o exaurimento das instâncias ordinárias, legitimada está a execução provisória, independentemente do preenchimento dos pressupostos e requisitos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal ou mesmo de específico requerimento ministerial, uma vez que não são dotados os recursos extremos de efeito suspensivo."**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

Também menciono que o eminente Min. Reynaldo Soares da Fonseca, tomando de empréstimo decisão proferida em outro feito pela eminente Min. Maria Thereza de Assis Moura, assentou que (*grifei*):

> "**Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação**."

Prossegue Sua Excelência:

> "Assim, **a partir do início de 2016, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal** porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva."

Na mesma linha, colho o pronunciamento do eminente Min. Ribeiro Dantas (*grifei*):

> "Ora, se o Supremo Tribunal Federal considerou, ao julgar o precedente debatido, que no processo existia repercussão geral, e era caso de afetá-lo a seu Plenário Virtual e decidi-lo com efeito *erga omnes,* **não pode este mero Órgão Divisionário de Tribunal que está debaixo da jurisdição da Corte Suprema presumir nisso uma ilegalidade, porque, por óbvio, o Juízo disso - e Juízo único - é o próprio STF."**

O eminente Min. Joel Ilan Paciornik, por sua vez, aduziu o seguinte (*grifei*):

> "Acresça-se, ainda, que **o Plenário do STF aprovou este**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

> **precedente há pouco mais de um ano, após profundo e maduro debate, razão pela qual, às Cortes de apelação e a este Tribunal Superior, comprometidos com um sistema jurídico estável e previsível, não cabe deixar de aplicá-lo. Somente ao Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a última palavra sobre interpretação de normas constitucionais, compete alterar seu posicionamento."**

Já o eminente Min. Jorge Mussi, assentou (*grifei*):

> **"Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso**, esta Corte Superior de Justiça **tem proclamado a legalidade e constitucionalidade da execução provisória da pena, afastando a alegação de ofensa ao princípio da presunção de inocência,** conforme se observa dos seguintes julgados recentes oriundos de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção."

Esse cenário, a meu sentir, por si só, já indica que o ato apontado como coator não traduz ilegalidade ou abuso de poder, eis que consentâneo, ao tempo em que proferido, com a compreensão majoritária deste Tribunal Pleno.

Acrescento que o Código de Processo Civil, aplicável à espécie pela incidência do art. 3° do Código de Processo Penal, prescreve, em seu art. 926, que os "***tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente***".

Não houve, ao menos até o momento, revisão plenária em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Seria possível dizer que haveria ilegalidade ou abuso de poder num ato imputado como coator no qual é seguida a jurisprudência majoritariamente dominante no STF?

Nesse exato sentido, cito Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> **"O art. 926, CPC, institui claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal.** Ao dizer expressamente que **há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro** –

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

> o que implica torná-lo **cognoscível, estável e confiável** – **o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes,** além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Isso porque **a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes**. Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, **não é possível respeitar quem não se respeita."** (Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 990, *grifei*)

À luz da regência do Código de Processo Civil, deve ser observada a necessária estabilidade, integridade e uniformidade da jurisprudência, o que é traduzido, inclusive, a partir do dever de autorreferência.

Já ao disciplinar o *stare decisis* segundo um enfoque vertical, prescreve o Código de Processo Civil:

> "Art. 927. Os **juízes e os tribunais** observarão:
>
> **I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**
>
> (…)
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas **e em julgamento de recursos extraordinário** e especial repetitivos;"

Nessa perspectiva, não depreendo que ato coator colida com a lei, tampouco que represente abusividade. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça, ao chancelar a determinação emanada do TRF-4ª, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência desta Suprema Corte e que, por expressa imposição legal, deve manter-se íntegra, estável e coerente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

Consigno que é possível, em tese, que a compreensão desta Suprema Corte seja modificada se e quando verificar-se o julgamento das ADCs 43 e 44. Ressalto que, até tal ocorrência, não é cabível reputar como ilegal ou abusivo o pronunciamento jurisdicional, mormente por órgão inferior, que se coaduna com o entendimento então prevalecente, tampouco atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a infactível tarefa de alterar ou dissentir, em matéria constitucional, da compreensão explicitada por esta Suprema Corte.

Portanto, não verifico justificativas teóricas ou práticas, jurídicas ou fáticas, que autorizem a censura do ato apontado como coator.

4. Ademais, a proteção eficiente dos direitos fundamentais, o que se dá, entre outros instrumentos, por meio do Direito Penal, permitiu-me assentar, em voto anterior, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais quanto à tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos *(grifei)*:

> **"O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei nº 11.340/2006** (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001, disponível em , acesso em 06.09.2016).
>
> Há ainda, dentre outros exemplos dignos de nota, o **caso**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

Sétimo Garibaldi versus Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de setembro de 2009. **A Corte condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná, onde foi vitimado. Considerou a Corte que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido** (CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203, disponível em , acesso em 06.09.2016).

A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, **a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau.** (CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs . Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: articulos/ seriec_149_por.pdf . Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

> O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assumindo uma série de compromissos em decorrência disso. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2006. Caso Meninos Emasculados do Maranhão. Casos 12.426 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006. Disponível em: BRSA12426PO. doc. Último acesso em: 3 de outubro de 2016).
>
> Digo isso, Senhora Presidente, para **rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, comprimindo direitos humanos num ambiente de histeria.**
>
> A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodriguez versus Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência.
>
> Afinal, como bem se colhe da obra de Antonio Escrivão Filho e José Geraldo de Sousa Junior, **na medida em que os direitos humanos sejam compreendidos como produtos dos processos sociais de lutas por dignidade, identifica-se no conceito de exigibilidade uma condição de duplo efeitos essencial para os direitos humanos: de um lado, a delegação de legitimidade política e jurídica para a sociedade exigir a efetivação de seus direitos, e de outro, a noção imperativa de respeito e promoção ativa e contínua destes direitos por parte do Estado** (GEDIEL, GORSDORF, ESCRIVÃO FILHO et. all, 2012) (Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos . Belo Horizonte : De Plácido. 2016, p. 64)"

Mais recentemente, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro por, entre outras, violação à garantia de uma duração razoável

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

nas investigações relacionadas ao Caso Favela Nova Brasília. Assentou que a Corte considera que não foi dado andamento à investigação, além de ter sido erroneamente aplicada a prescrição à investigação dos fatos. Determinou, ao fim, que o Estado brasileiro abstenha-se de *"recorrer a qualquer obstáculo processual para eximir-se dessa obrigação, por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura*" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Favela Nova Brasília v. Brasil, Sentença de 16 de fevereiro de 2017, par. 292).

À mesma conclusão chegou a Corte, meses antes, no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil (sentença de 20 de outubro de 2016). Nesse caso, a Corte assentou *"os Estados têm a obrigação de garantir o direito das vítimas ou de seus familiares a participarem em todas as etapas dos respectivos processos, de maneira que possam apresentar petições, receber informações, aportar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos"*, visto que *"esta participação deverá ter como finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade sobre o ocorrido e a concessão de uma justa reparação"* (par. 376).

De tal modo, mesmo sob a perspectiva dos direitos fundamentais, não verifico alteração no panorama jurídico que autorize considerar o ato coator como revelador de ilegalidade ou abuso de poder.

5. A alegação de que a deflagração da fase executiva decorreria de precedentes sem força obrigatória também não conduz a resultado diverso.

Em primeiro lugar, é induvidoso que o Código de Processo Civil de 2015 consolidou cenário processual caracterizado por ferramentas de gestão de litigiosidade voltadas a conferir eficácia obrigatória a determinados precedentes.

Nessa direção, o CPC é expresso ao reconhecer que é admissível reclamação *"proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida"* (art. 988, §5°, II), a indicar que tais pronunciamentos não possuem mera eficácia persuasiva.

Da mesma forma ocorre quanto às manifestações do Plenário da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Daí que, com o devido respeito, é questionável a alegação defensiva no sentido de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria não veiculariam compreensão com força vinculante.

De toda sorte, é certo que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não utilizou a eficácia vinculante de tais precedentes como razões de decidir. Ao contrário, firmou posição própria, inclusive materializada em verbete sumular local (Súmula 122/TRF4), lançando mão das manifestações do Plenário apenas a título de corroboração de sua convicção, forte na eficácia persuasiva que, em geral, integra os pronunciamentos da Suprema Corte.

Assim, ainda que se admitisse o caráter meramente persuasivo de tais precedentes colegiados e, portanto, a ausência de caráter vinculante, isso em nada alteraria o panorama conclusivo, na medida em que ainda assim não seria flagrantemente ilegal ou teratológica a decisão que aderisse a tal entendimento.

Destarte, a questão atinente à ausência ou não de força vinculante, no caso concreto, não se revela idônea a influir no deslinde processual.

6. No que se refere à ausência de motivação concreta da imposição da prisão, o que, em tese, poderia configurar ofensa ao art. 5°, LXI e art. 93, IX, CF, enfatizo que a necessidade de fundamentação da ordem escrita de autoridade judiciária deve ser compreendida à luz do momento processual em que inserida.

Vale dizer, o implemento da execução provisória da pena, nos termos das decisões tomadas pelo Plenário, atua como **desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias** e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, de modo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada.

Trata-se, em verdade, tão somente de cumprimento do título condenatório, **este sim caracterizado pela necessidade de robusta motivação.**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

7. Também não impressiona a alegação de ocorrência de *reformatio in pejus*, aspecto corolário do contraditório e da ampla defesa e derivado do artigo 617 do Código de Processo Penal, que prescreve que, no âmbito dos órgãos recursais, não poderá *"ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença"*.

Esse postulado, ao qual os Tribunais têm atribuído interpretação ampliativa, inclusive com alcance de prejuízos qualitativos, materializa a personalidade dos recursos. A esse respeito, enuncia a doutrina:

> "O princípio da personalidade dos recursos significa que: a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando a parte que não recorre; e, como via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da outra parte." (GRINOVER. Ada Pellegrini e outros. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 43)

Tal compreensão tem assento na perspectiva de que o recurso constitui **desdobramento do direito de ação.** Nesse enfoque, impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despido de imputação, de modo que se nota íntima relação entre a vedação da *reformatio in pejus* e o sistema acusatório.

Ocorre que esse modo de pensar não pode ser transportado, de forma automática, para a execução penal, atmosfera processual em que não há acusação propriamente dita e que é regida, quanto à instauração e processamento, por critérios de **oficialidade,** conforme expressamente preceitua a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais):

> "Art. 1º **A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal** e proporcionar

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

> condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.
>
> (…)
>
> **Art. 194. O procedimento correspondente às <u>situações previstas nesta Lei será judicial</u>,** desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.
>
> Art. 195. **<u>O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício</u>**, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa."

Não bastasse, não comungo da compreensão no sentido de que o acórdão penal condenatório que determina o início da execução provisória da pena concede providência sem requerimento do Ministério Público. Entender que o requerimento para cumprimento de pena, provisório ou definitivo, não está contido, desde o início, na pretensão acusatória é negar, em sua inteireza, o próprio direito constitucional de ação, porque limita temporalmente os efeitos da pretensão deduzida em juízo quando o ordenamento jurídico admite, expressamente, que os recursos excepcionais não são dotados de automática eficácia suspensiva.

Assim, a ilegalidade apontada, a meu ver, não merece ser reconhecida.

Nessa ótica, não verifico pronunciamento jurisdicional, ainda que anterior, que dê guarida à alegação de que o TRF-4ª teria incorrido em indevida *reformatio in pejus*, tampouco sustentação jurídica ao condicionamento do início da execução à existência de pedido específico da acusação.

8. Com relação à plausibilidade das teses que, segundo a defesa, serão futuramente arguidas em sede de recurso especial, trata-se de tema, em tese, de potencial repercussão na tutela cautelar que, de modo excepcional, poderá ser concedida pelas instâncias antecedentes.

Com efeito, o Código de Processo Civil estabelece atribuições

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

próprias para exame de tal natureza:

> "Art. 1.029. (…)
>
> **§ 5o O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido**:
>
> I – **ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição**, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;
>
> II - **ao relator, se já distribuído o recurso;**
>
> III – **ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso,** assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037."

Convém salientar que, no momento, o feito de origem encontra-se em fase de apreciação no TRF-4ª de embargos de declaração opostos contra o acórdão que confirmou a sentença condenatória.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça consignou, acertadamente, no ato apontado como coator que o exame da relevância das teses listadas pela defesa afigurar-se-ia prematuro, visto que sequer encerrada a jurisdição ordinária, o que se alinha ao estipulado no aludido art. 1.029, CPC.

9. Ante o exposto, sob todos os ângulos ora enfocados, por não verificar ilegalidade, abusividade ou teratologia no ato apontado como coator, **denego a ordem.**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14799535.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, eu pediria que Vossa Excelência submetesse ao Tribunal, se fosse possível, eu gostaria de antecipar o meu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Indago dos Senhores Ministros que antecedem. Acho que estamos de acordo. É uma atitude de cortesia comum. Vossa Excelência tem a palavra para voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Peço desculpas à Ministra Rosa. Senhora Presidente, talvez, faz muito que o Tribunal não se depara com uma questão de tal magnitude e de tal gravidade. Embora não seja, talvez, como a imprensa anuncia, o processo do século - sempre haverá um outro processo -, mas, sem dúvida nenhuma, é um caso de grande repercussão. E não é por acaso que nós, ao longo desses anos todos, se tivermos como marco temporal 2009, temos discutido essa questão com frequência, porque não se encontra uma fórmula adequada para a justeza da devida solução. Sempre temos debatido.

O Ministro Fachin, no seu cuidadoso voto, faz uma consideração e um *distinguishing* entre o que está posto neste HC e o que deveria estar posto na ADC processo objetivo. Confesso, com todas as minhas parcas luzes talvez, que eu não consigo fazer essa distinção.

A rigor, ao longo desses anos todos, Ministra Rosa, nós temos trabalhado com a ideia de que os processos que vêm para o Plenário ganham uma objetivação. É assim, por exemplo, no debate sobre o RE. Esses processos se objetivam. Mas, se quiséssemos lembrar apenas um caso, um só caso, lembremo-nos de um caso emblemático da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o HC 82.959, que tratava do direito à progressão de regime.

Este é um caso de escola, porque há muito o Tribunal fixara - acho que dez anos antes - a orientação, e que vinha reiterando com resistências

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

aqui ou acolá daqueles que entendiam em sentido contrário, na liderança o Ministro Marco Aurélio, que fora voto vencido na assentada inaugural, de que não havia esse direito à progressão de regime no contexto da individualização.

Agora, o Tribunal muda de entendimento. Num caso digno de realce, tratava-se de um *habeas corpus* escrito por um preso que pedia a proteção. Fora nos Estados Unidos, Ministro Marco Aurélio, e este seria um *didion*, um caso de filmes. Aqui, não se lembram sequer do caso.

Nessa assentada, para aqueles que aqui estavam, encerrado o julgamento, dissemos: "agora autorizemos cada relator a decidir, monocraticamente, assumindo, portanto, a objetivação do caso". Portanto, a mim me parece, com todas as vênias de estilo, Presidente, absolutamente irrelevante que, por uma decisão de Vossa Excelência - sempre sábia -, se colocou em pauta o *habeas corpus* de Lula da Silva, e não a ADC. Estamos decidindo o caso, com certeza, mas estamos decidindo o tema, e estamos decidindo do Plenário. Não há outro espaço para argumentação em termos de processo constitucional.

Não há por que denegar o *habeas corpus* e conceder a ADC, não faz nenhum sentido. Não faz nenhum sentido por quê? Porque é o tema que estamos decidindo. É o Plenário do Supremo, por sua completude, por sua unanimidade, que está a deliberar sobre o tema. Há muito se vindicava a necessidade desse debate e essa questão, portanto, agora se pôs.

Por acidentalidade do destino, se pôs em sede de *habeas corpus.* Que venha, portanto, o *habeas corpus*, e que se decidamos o *habeas corpus* com a inteireza que estamos a decidir um processo de feição objetiva. Até porque, como sabemos muito bem, é assim que funciona nos sistemas de jurisdição constitucional; as ações vão ganhando esse papel.

Recentemente, inclusive, uma tese pela qual eu me batia há muitos anos foi reconhecida aqui a partir de um voto do Ministro Dias Toffoli: a questão do não encaminhamento ao Senado ou do encaminhamento apenas para publicização da decisão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A rigor, a rigor, por isso ou por aquilo, apreciando este *habeas corpus*, estaremos apreciando as ações declaratórias de constitucionalidade. O Colegiado será o mesmo quanto à decisão que proferirá nas duas ações – de nº 43 e nº 44. E causará estranheza se avançar-se agora – não sei qual será a conclusão do Colegiado – para o indeferimento da ordem neste *habeas* e depois acolher-se os pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade. Ou seja, estamos julgando em definitivo – e precisamos ter presente que processo não tem capa, tem conteúdo estritamente – a questão de ser ou não possível, ante a cláusula do principal rol das garantias constitucionais, o do artigo 5º, alusiva ao princípio da não culpabilidade – pelo Pacto de São José da Costa Rica, princípio da inocência –, a execução da pena, portanto, sanção implementada antes do trânsito em julgado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Apenas para lembrar que, naquele primeiro *habeas corpus* em 2009, aliás, Relator o Ministro Marco Aurélio, relativo aos casos de crimes hediondos, foi sempre repetido - como Vossa Excelência, com toda a lealdade afirma - como precedente. Tanto que não cabia reclamação contra ele, e, depois, evoluímos até para fazermos uma súmula, uma vez que havia a reiteração de dados. Apenas para chamar a atenção que este também tem sido um comportamento para não se adotar a objetivação simples, que alguns aceitam, como Vossa Excelência acaba de expor, e em outros casos não. .

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu até vou chegar a esse ponto, Presidente. Vossa Excelência me facilita enormemente a vida ao fazer essa lembrança. Por quê? Porque, naquele caso, eu me lembro que um juiz do Acre, invocando a premissa de que o caso valia *inter partes*, recusou-se a cumprir a decisão do Supremo, em tese. Disse: a decisão do Supremo vale *inter partes*. E veio para cá então uma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

reclamação, cuja relatoria me coube. Eu fui relator desse processo e o trouxe com toda honestidade para julgamento aqui.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - No Plenário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E nós ficamos pontuando divergências, um dizia que sim, outro dizia que não, outro dizia que talvez, em homenagem à interpretação do art. 52, X, vetusta, até que, nesse ínterim, passou a súmula e o assunto ficou prejudicado em relação à reclamação. Todavia, se nós fôssemos decidir hoje essa reclamação, diríamos que a decisão tem eficácia *erga omnes*, porque fizemos isso recentemente e mudamos o entendimento em relação ao art. 52, X.

Veja Vossa Excelência, portanto, que tudo caminha nesse sentido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E não havia repercussão geral também naquele primeiro momento, agora tem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E claro que nós temos que discutir e uniformizar essa questão, em termos de uma processualística do nosso sistema processual constitucional, porque, de fato, nós o construímos como se fossem duas realidades diferentes, e estamos a ver que não é assim. Tanto é que aplicamos súmula, aqui estão pessoas como José Paulo Pertence, que acompanharam a construção da ideia da súmula e, depois, da súmula vinculante.

A súmula vinculante nós pensamos como um instrumento para a consolidação da orientação sobre o sistema difuso, não obstante, muitas súmulas hoje têm sido editadas tendo como referências o controle abstrato, cito aleatoriamente a Súmula 3, dos bingos. Isso de um lado. Por outro lado, nós temos a possibilidade de declaração incidental em sede de controle abstrato, como ocorreu no caso do amianto.

Veja que o sistema está a se interpenetrar e a exigir de nós um mínimo de coerência e integridade em relação a isso. Portanto, só fazendo ponto em relação àquela consideração feita pelo Ministro Fachin, quero dizer que, do ponto de vista - e ninguém vai entender - processual

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

constitucional, não tem relevância o fato de nós estarmos aqui discutindo a temática toda em *habeas corpus* ou em ADC, nós temos que, de fato, fazer o devido encaminhamento. Não há a possibilidade de se falar que alguém está vinculado àquela decisão até que venha um julgamento em ADC, porque nós já tivemos isto. E vou dar-lhes mais um exemplo, sem querer ficar chato, que é o caso da ADI de LOAS, a Lei de Assistência Social. Nós declaramos constitucional a Lei de LOAS, dissemos que ela era constitucional, o tempo foi passando, os juízes foram se rebelando, envolvendo e concebendo novas fórmulas, em algum momento o Tribunal concedia as reclamações, Ministro Fux, contra aquelas decisões rebeldes, que repudiavam a ideia que nós tínhamos sobre o tema. Aí passa o tempo, e o próprio Tribunal começa a vacilar na concessão das liminares em reclamação. E fui eu que trouxe a este Plenário o caso de uma reclamação propondo que nós declarássemos, agora, o processo de inconstitucionalização. Mas em que processo? Em que procedimento? Numa reclamação. Veja, em princípio de caráter subjetivo, e nós seguimos essa toada.

Portanto, com todas as vênias, Ministro Fachin, devo dizer que não tem relevância para o caso o que nós estamos discutindo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte?

Eu também entendo que esse processo, de início, com contornos subjetivos - porque é um *habeas corpus* -, transmuda-se claramente num processo de natureza objetiva, porque nós estamos discutindo, no fundo, uma tese. E esse, salvo melhor juízo, foi o encaminhamento dado pelo próprio Relator quando remeteu o feito ao Plenário desta Corte. Disse Sua Excelência, no despacho, o seguinte:

> "Como é notório, pende de julgamento o mérito das ADCs 43 e 44, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo tema precede, abarca e coincide com a matéria de fundo versada no presente *writ*. Há, portanto, relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergências entre as Turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após condenação assentada em segundo grau de jurisdição. Incide,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

pois, o disposto no art. 22 do RISTF [...]".

O que diz o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal? Diz exatamente o seguinte:

> "Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida".

Portanto, no fundo, embora sob a roupagem de um *habeas corpus,* nós estamos discutindo uma tese de natureza constitucional ainda não resolvida pelo Plenário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Apenas para uma explicação clara. As ações declaratórias de constitucionalidade estavam liberadas pelo eminente Relator ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ao liberá-las, não diminuí o Tribunal!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - De jeito nenhum! Nem eu disse isso, absolutamente, bem ao contrário. O que eu trouxe, com preferência e sem pauta prévia, foi com base no art 83, porque se tratava de *habeas corpus.* E o *habeas corpus,* como trata de um caso específico, subjetivo e com preferência constitucional, como é da sua natureza, - e quarta-feira da semana passada, isso foi dito aqui, indaguei ao Ministro Fachin que tinha liberado no dia 19, se ele queria naquela primeira sessão, como manda, para se resolver o *habeas corpus* nessa condição de ação, até porque não ficavam prejudicadas as ações que também...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por favor!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em termos de desgaste, a estratégia não podia ser pior.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

Ministro, nós temos 217 ações com liminares pendentes. E, neste caso, havia *o habeas corpus* julgado, as medidas cautelares aqui julgadas e um ARE com repercussão geral reconhecida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que Vossa Excelência anunciou, ao grande público, que colocar as declaratórias em pauta dirigida, com data designada, seria apequenar o Tribunal. Não penso dessa forma.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, não foi isso! Como dito fica fora de contexto. E não foi nesse contexto que foi dito isso. E continuo dizendo que o Supremo, quando julga, julga exatamente as questões postas e, por isso mesmo, não se apequena diante deste ou daquele caso.

O que, portanto, veio a julgamento sem pauta, como manda o art. 83, Ministro, foi o *habeas corpus*, porque se trata de um direito subjetivo - ainda que se discuta uma tese; o Ministro Gilmar aqui realça esse ponto -, é o caso de uma pessoa, e todo ser humano tem direito, todo cidadão tem o direito a este julgamento.

Apenas para verificar porque esse teve essa preferência. E isso foi, aliás, exposto a Vossas Excelências e a todo mundo no início da seção de quarta-feira. Apenas para elucidar, com todo respeito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não fosse uma tese a ser discutida, o juiz natural seria a Segunda Turma.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, mas qualquer relator, Ministro, pode perfeitamente afetar qualquer caso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Desde que haja uma tese constitucional ainda não resolvida pelo Plenário. Acabei de ler o Regimento Interno.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Nós afetamos as ações, segundo a importância que for atribuída, independente de ter tese ou de até matéria específica.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só para concordar com Vossa Excelência. Nós não podemos julgar no vácuo, nós temos uma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

fundamentação para este julgamento. E a premissa que se põe para o julgamento deste *writ* é exatamente saber se é possível, ou não, a execução provisória da sentença condenatória proferida em segundo grau.

Então, disso não se pode fugir. Vossa Excelência tem razão, há uma certa objetivação; e tanto melhor que haja essa objetivação, porque o Supremo Tribunal Federal vai dar uma palavra sobre essa tese jurídica.

O que Vossa Excelência eventualmente está também sugerindo, digamos assim, é que, depois de julgar essa tese, se torna antinômico um julgamento que seja contra a tese que ora vai ser fixada, por uma questão de coerência. Mas não se pode fugir disso, nós vamos ter que julgar objetivamente essa tese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque não dá para julgar no vácuo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E podíamos até chegar obviamente, podemos chegar a, eventualmente, denegar o *habeas corpus*, por exemplo, mas reconhecer que se exige algo mais, que poderia, por exemplo, se admitir, naquele momento, a execução provisória, como prisão provisória.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas então seria prisão preventiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim. Como já fizemos mesmo, e as pessoas têm feito uma certa confusão, em parte consciente, já no precedente de 2009, em que se admitia, sim, a prisão provisória, em dados casos, com base na ordem pública, com base na aplicação da lei penal. Isso ficou muito claro no precedente, no voto, por exemplo, do Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal nunca negou isso.

Mas eu gostaria, portanto, Presidente, só de passar por esse ponto, porque me parece que era uma questão relevante trazida pelo Ministro Fachin e eu queria, com todas as vênias, dizer que, aqui, nós precisamos inclusive de reconceber toda essa processualística, em que nós fomos muito engenhosos ao longo do tempo, mas nós temos que fazer um

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

diálogo entre o sistema chamado difuso e o sistema concentrado, que nós desenvolvemos de forma autônoma. E isso se faz no mundo todo, como nós sabemos.

O professor e amigo espanhol fala da obsolescência da distinção entre o modelo europeu e o modelo estadunidense. Nós também aqui temos que fazer esse diálogo interno ao sistema. E parece-me que esse é um caminho.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130104.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Senhora Presidente, tem-se aplicado o entendimento inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução antecipada da pena imposta em sentença confirmada em apelação, ainda que sujeita a recursos especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP.

Cumpre ressaltar, desde logo, que em momento algum daquele julgamento foi dito que, confirmada a condenação em segunda instância, o início do cumprimento da pena privativa seria impositivo. Sempre se disse que era uma possibilidade. Por isso, quero começar o voto fazendo uma breve retrospectiva do tema.

Inicialmente, a posição do STF era pela aplicação estrita do CPP, tal qual então vigente, permitindo a prisão decorrente de condenação, em especial, na pendência de recursos extraordinários RHC 71.959, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, redator para acórdão Min. Francisco Rezek, julgado em 3.2.1995.

Em 2009, esse entendimento foi revisto. Em *habeas corpus* , o Pleno avaliou se o art. 637 do CPP, o qual afirma que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, sustentaria a prisão, com a confirmação da condenação em grau de apelação. Por maioria, em julgamento concluído em 5.2.2009, o Pleno do STF firmou a posição de que a prisão somente ocorreria após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Eventual ordem de prisão anterior teria caráter cautelar e, em consequência, deveria estar embasada em sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade HC 84.078, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 5.2.2009.

A questão foi novamente revisitada em 2016. Em julgamento de *habeas corpus*, o Pleno entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

constitucional da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.2.2016.

Naquela oportunidade, ficaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. A decisão foi confirmada em embargos de declaração, nos quais se alegava omissão no cotejo do caso com o art. 283 do CPP HC 126.292 ED, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 2.9.2016, sendo esta a ementa:

> CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. **POSSIBILIDADE** . 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Esse posicionamento foi reiterado na decisão que indeferiu a medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade do art. 283 do CPP, cujo teor dispõe que *ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva* .

O Tribunal, então em sede de cognição sumária, entendeu que o dispositivo devia ser lido em conjunto com as demais normas legais, que negam efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, notadamente o art. 637 do CPP ADCs 43 e 44 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, redator para acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 5.10.2016.

Por fim, o Plenário virtual reafirmou, em sede de repercussão geral (tema 925), em recurso extraordinário, o entendimento de que o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

cumprimento das penas após o julgamento por Tribunal seria j **uridicamente viável** ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016.

Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, **seria possível** . Porém, essa**possibilidade** tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do *quantum* da pena a ser cumprida.

Nesse ponto, importante resgatar a **linha de argumentação que desenvolvi no paradigmático HC 126.292** , quando destaquei um importante precedente de relatoria do Ministro Eros Grau (HC 84.078), no qual o Ministro Cezar Peluso ressaltava a importância ou a **possibilidade da prisão provisória** a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau, desde que presentes os requisitos de prisão preventiva.

Dizia eu , então, que havia **casos clássicos enquadráveis no fundamento de ordem pública** que poderiam ensejar a antecipação da execução da pena. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau.

Consignei que, em nosso sistema jurídico, seria possível **dispensar ao acusado tratamento progressivamente mais gravoso** , conforme a evolução da imputação. Citei o exemplo das fundadas razões do art. 240, §1º, do CPP para autorizar busca domiciliar. A prova da materialidade e os indícios da autoria seriam suficientes para tornar réu o investigado (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Nesse diapasão Eduardo Espínola Filho afirma que *a presunção de inocência é vária , segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa*(ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

Portanto, não estamos diante de uma regra que se resolve na fórmula de tudo ou nada, mas de um princípio passível de conformação, sendo natural à presunção de não culpabilidade evoluir-se de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, **o tratamento progressivamente mais gravoso** seria aceitável.

Ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, **as instâncias soberanas para análise dos fatos já se teriam pronunciado pela culpabilidade.** Com efeito, após o julgamento da apelação, **esgotam-se as vias ordinárias.** Subsequentemente, caberiam apenas recursos extraordinários.

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

Superadas as instâncias ordinárias com condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com **considerável força de que o réu é culpado** . Nasce um título condenatório, ainda que precário e sujeito a mudanças, passível de execução, atendidas certas condições que foram tangenciadas em meu voto no aludido precedente (HC 126.292).

De conseguinte, nesse estágio de gradação da culpa, é compatível com a presunção de inocência determinar, em certas hipóteses, o cumprimento da pena, ainda que pendente de recursos (especial e extraordinário).

Lançando todas essas premissas naquele julgado, entendi que o início de cumprimento da pena não dependia do trânsito em julgado da condenação. Havia a possibilidade de imediata execução. Repita-se, sempre dissemos que a prisão seria uma possibilidade jurídica, não uma obrigação.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

Contudo, penso que a conclusão daquele julgamento no HC 126.292, na linha da argumentação que desenvolvi, poderia ter sido outra. Explico: analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado, em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos, em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ.

São situações em que, **iniciada a execução antecipada** da pena a partir do julgamento de segunda instância, esta vem a ser, **em recurso especial ou *habeas corpus***, reduzida com mudança de regime (para o aberto), ou suplantada pela absolvição ou pela extinção da punibilidade pelo **Superior Tribunal de Justiça**.

A título de exemplo, vejamos concretamente alguns casos em que se mostrou indevido o início do cumprimento de pena de prisão imediatamente após a apelação:

> 1) Na ação penal 0104654-76.1995.403.6181, da Justiça Federal de São Paulo, réu condenado a 5 anos de reclusão, regime semiaberto, teve a sentença confirmada pelo TRF/3ª Região, deflagrando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Porém, em ***habeas corpus*** **impetrado no STJ** (HC 317.330/SP), a pena foi reduzida para 4 anos de reclusão, sendo alcançada pela prescrição.
>
> 2) Réu condenado e a sentença mantida pelo Tribunal à pena de 5 anos de reclusão, regime inicial fechado, dando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Em **agravo em recurso especial no STJ** (AREsp 1.195.573-SP), entretanto, a pena foi reduzida para 1 ano e 8 meses de reclusão, regime aberto, sendo a reprimenda substituída por pena alternativa.
>
> 3) No terceiro exemplo, a alforria do réu veio de **embargos declaratórios em agravo tirado de recurso especial analisado pelo STJ** (977.341-MG). Aqui o réu foi condenado a uma pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, regime inicial fechado. Deu-se a execução da pena após condenação em segunda instância. O STJ reduziu para 1 ano e 8 meses de reclusão e, diante do *quantum* aplicado, reconheceu a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

prescrição.

Observe-se que, em todos esses exemplos, os réus respondiam soltos aos respectivos processos. A expedição de mandado de prisão deu-se automaticamente, em razão da simples confirmação da condenação em 2ª instância a partir da leitura errônea que se deu ao entendimento sufragado por esta Corte. A possibilidade virou obrigação!

Em outros termos, diante das decisões do STJ, os réus cumpriram penas indevidamente e foram presos ilegalmente!!!

Situações como essas acabam reforçando a posição daqueles que defendem o trânsito em julgado definitivo como única hipótese de se antecipar o início do cumprimento de pena, dentre eles destaco Lenio Luiz Streck, para quem (Consultor Jurídico ht) :

> o sistema jurídico sofrerá um retrocesso e o sistema prisional entrará em colapso, além de sufragar prisões de pessoas sem antecedentes e/ou que foram condenados por prova ilícita ou probabilismos e teses exóticas que começam a vicejar nesse neopunitivismo

Por essa razão, essas prisões automáticas em segundo grau, que depois se mostraram indevidas, fizeram-me repensar aquela conclusão a que se chegou no HC 126.292. E, tudo poderia ter sido diferente se mudássemos tão somente o marco a partir do qual deveria ser iniciado o cumprimento da pena.

Até que se pudesse estabelecer melhor solução a evitar ou minimizar a possibilidade do erro judiciário, **desde maio de 2017,** passei a deferir nos *habeas corpus* de minha relatoria, quando cabível, ordem para impedir a imediata execução de pena em condenações confirmadas em segunda instância, sendo exemplos, o HC 142.376, decisão de 11.5.2017, DJe 15.5.2017; HC 147.953 MC, decisão de 19.10.2017, DJe 23.10.2017; HC 147.981/SPMC, decisão de 6.10.2017; HC 148.822/SPMC, decisão de 18.10.2017, DJe 20.10.2017; HC 150.553-MC, decisão de 23.11.2017, DJe 27.11.2017; HC 153.480-MC, decisão de 1 º .3.2018; HC 150.226-MC, decisão de 5.12.2017, DJe 12.12.2017; HC 147.764-MC, decisão de 21.9.2017, DJe 26.9.2017; HC 146.818-MC, decisão de 18.9.2017, DJe 20.9.2017; HC 146.815-MC, decisão de 22.8.2017; DJe 24.8.2017.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

Saliento que, apesar de ter concedido ordens de *habeas corpus* amparado na impossibilidade do cumprimento antecipado, deneguei a ordem no HC coletivo 154.322, a mim distribuído recentemente, em razão da amplitude do pedido, que era genérico, com a pretensão de suspender todas as execuções antecipadas da pena até o julgamento do mérito da ADC 44. Destaquei, entre outros fundamentos, que a concessão da ordem geraria uma potencial quebra de normalidade institucional.

JULGAMENTO PELO STJ: O NOVO MARCO

Destarte, entendo que, estabelecendo-se marco mais seguro, poderíamos manter as linhas gerais do entendimento instituído no HC 126.292. Antes disso, o progressivo tratamento mais gravoso, de acordo com o estágio do processo, poderia antecipar a execução da pena, segundo análise caso a caso, em situações excepcionais, que serão vistas adiante.

Com efeito, o princípio vigente de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, não é absoluto. Estabelece o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal , *in verbis* : *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* .

A literalidade do referido dispositivo prestigia a orientação no sentido da exigência de trânsito em julgado para que se proceda à aplicação da pena, estando no espectro dessa preclusão maior, na linha do que ficou estabelecido no HC 126.292, dispensar-se tratamento mais gravoso ao réu na mesma medida em que avança o processo com a condenação pelas instâncias soberanas de análise dos fatos.

Daí ter aderido, em um primeiro momento após o julgamento daquele HC, ao entendimento inaugural do Ministro Dias Toffoli na ADC 43, no sentido de que o início da execução da pena deveria aguardar o julgamento do recurso especial (ou AResp) pelo STJ.

No âmbito de sua competência, como os casos citados demonstraram, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena. Destaco o seguinte excerto do voto do Ministro Dias

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

Toffoli:

> Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).
>
> Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação. (ADC 43 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 5.10.2016)

Anote-se que, no referido *habeas* (HC 126.292/SP), esta Corte assentou que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obstaria a execução da pena de prisão estabelecida na decisão penal condenatória. E, diante disso é que o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a aplicação da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF.

Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual, e não de natureza geral, ao contrário do **recurso especial** , que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Acresça-se que aguardar o trânsito em julgado, diante da sistemática da repercussão geral, seria alongar indefinidamente a solução judicial, incentivando o uso desmensurado do recurso extraordinário.

É importante citar a redação do art. 637 do CPP, ainda em vigor:

> Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

> suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Ressalte-se, também, que a objetivação (dessubjetivação) do recurso extraordinário possui importante fator a ser considerado nessa imbrincada temática, tendo em vista que, na prática, os recursos extraordinários, na imensa maioria das vezes, aguardam indefinidamente para serem julgados, com possibilidade, inclusive, de sobrestamento nacional de todos os processos correlatos (§ 4º do art. 1029 do CPC).

Em razão de todas essas nuances, o **pensamento do possível** aponta para a escolha do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça como a opção que confere maior segurança à execução antecipada da pena.

Conforme leciona Zagrebelsy, ao desenvolver a ideia do *pensamento da possibilidade* , é preciso evitar os extremos, evitar o dogma e a *sképsis* , o ceticismo. Destaca que o pensamento da possibilidade é próprio daqueles que rejeitam tanto a arrogância da verdade possuída quanto a renúncia da realidade aceita (A crucificação e a Democracia, p. 34).

Em outra passagem, o autor destaca que a lei já foi utilizada para dar ao fascismo e ao nazismo *status* de estados de direito, e aduz:

> "assim se chegou ao cúmulo: a legalidade transformada em modo de ser não só de homens de poder-pelo-poder, mas de autênticos salteadores, de acordo com a denúncia de Bertold Brecht e até com o reconhecimento de alguém que conhecia esta realidade por experiência direta, Carl Schmitt."

Mas conclui: "isto, no entanto, não nos instiga de modo algum a uma demolição crítica da lei enquanto tal e, como reação, a uma exaltação acrítica do direito. Não é lícita uma apologia incondicionada do direito contra a lei. Do mesmo modo que não é lícito o contrário" (A Lei, o Direito e a Constituição).

Ainda na linha do pensamento da possibilidade, já destaquei em outro voto de minha lavra (Ação Cautelar 4070, Rel. Min. Teori Zavascki) que em determinadas situações é possível identificar uma maior ou menor incompletude das normas constitucionais, sendo papel da Corte

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

Constitucional identificar possíveis lacunas e colmatá-las dentro de um plano de razoabilidade. O Professor Peter Häberle é enfático quanto à importância de que o intérprete desenvolva as orientações básicas fixadas pelo texto constitucional. É nesse contexto que o Professor desenvolve o pensamento possibilista (*Möglichkeitsdenken*), num sentido de conformação e desenvolvimento da cultura jurídica constitucional.

Não é uma ideia distante daquela desenvolvida por Karl Larenz, em sua aclamada Metodologia da Ciência do Direito, na qual aborda os chamados métodos de desenvolvimento judicial do direito. O autor destaca:

> "Se bem que a interpretação da lei constitua a tarefa imediata de uma Jurisprudência dirigida à prática jurídica, a Jurisprudência contudo nunca se esgotou nisso. Sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei; por outras palavras: que toda a lei contém inevitavelmente «lacunas». Igualmente se reconheceu desde há muito a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei. É, portanto, um desiderato importante da Jurisprudência pôr à disposição do juiz métodos com ajuda dos quais ele possa cumprir esta tarefa de modo materialmente adequado e conclusivo. Mas, por vezes, não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito de colmatar lacunas da lei, mas da adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau." (Metodologia da Ciência do Direito, p. 519).

Portanto, dentre as possibilidades de se aguardar uma eternidade até o julgamento definitivo da condenação em recurso extraordinário, e a execução imediata (e automática) da pena pelo tribunal de apelação, o **julgamento pelo STJ constitui medida (possibilidade) mais segura.**

Esse novo marco , com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um **ajustamento do momento inicial para a**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

execução da pena, mais consentâneo com o nossa ordenamento jurídico e a com a nossa realidade. Não se altera a essência do entendimento majoritário desta Corte estabelecido no HC 126.292, de esgotamento das instâncias soberanas na apreciação dos fatos para se considerar imutável a condenação, apenas muda-se o marco.

TRÂNSITO EM JULGADO PROGRESSIVO

A propósito, o **sistema italiano** estatui, nos termos dos arts. 648 e 650 do *Codice di Procedura Penale* , que as **sentenças penais são executáveis** (obrigatoriamente) **no dia do julgamento pela Corte de Cassação** (equivalente ao nosso STJ). Essa a dicção literal dos preceptivos:

> Articolo 648. Irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali.
>
> 1. Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione.
>
> 2. Se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso.
>
> 3. Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile.
>
> (...)
>
> Articolo 650. Esecutività delle sentenze e dei decreti penali.
>
> 1. Salvo che sia diversamente disposto, le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili.
>
> 2. Le sentenze di non luogo a procedere hanno forza esecutiva quando non sono più soggette a impugnazione.

O **modelo italiano** tem ainda outra regra bastante interessante, ao admitir a **formação progressiva do trânsito em julgado** . Havendo uma

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

pena mínima (líquida) já com trânsito em julgado, dá-se início à execução. São hipóteses em que, exemplificativamente, a sentença condena o réu em dois crimes (furto e receptação), mas a apelação volta-se apenas contra um dos delitos. Executa-se a parte não recorrida.

> Articolo 624. 1. Se lannullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata. 2. La Corte di cassazione, quando occorre, dichiara nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili. Lomissione di tale dichiarazione è riparata dalla Corte stessa in camera di consiglio con ordinanza che deve trascriversi in margine o in fine della sentenza e di ogni copia di essa posteriormente rilasciata. Lordinanza può essere pronunciata di ufficio ovvero su domanda del giudice competente per il rinvio, del pubblico ministero presso il medesimo giudice o della parte privata interessata. La domanda si propone senza formalità. 3. La Corte di cassazione provvede in camera di consiglio senza losservanza delle forme previste dallarticolo 127.

Perceba-se, o **trânsito em julgado progressivo** está em sintonia com o entendimento desta Corte, esposado no aludido HC 126.292, ao estabelecer a definitividade da condenação com o esgotamento do debate sobre aspectos fáticos da imputação. Não recorrendo o réu de alguma das penas aplicadas, ou apelando para discutir outras questões, passa-se a ter a chamada **pena mínima exequível** *il giudicato può avere una formazione non simultanea, ma progressiva,* formação de coisa julgada progressiva, não simultânea.

A execução parcial da sentença não é um instituto por nós desconhecido. Integra nosso arcabouço jurídico, estando assentado no Código de Processo Civil sobre a execução por capítulos da sentença, conforme dicção dos arts. 509, § 1º, 523, 975 do CPC, que autorizam a execução da parcela incontroversa da sentença. Com essa ótica, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena possa ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso, quando parte da condenação tornou-se incontroversa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

Na mesma linha da **formação progressiva do trânsito em julgado** da condenação, podemos situar questões precipitadas em *habeas corpus* , impetrado paralelamente à interposição de recursos extraordinários (especial e extraordinário).

A prática forense tem demonstrado a utilização de forma meramente estratégica do sistema recursal, como meio para se adiar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A discussão real acaba sendo deflagrada, com amplitude, em *habeas* . As questões colocadas no remédio heroico consubstanciariam o continente em relação àquelas matérias lançadas em sede recursal.

Existem casos emblemáticos que bem ilustram o mau uso da via recursal para fins de se atingir a impunidade, frustrar a aplicação da lei penal. Todos os dias nos deparamos, aqui, com essa multiplicidade de agravos e embargos de declaração como instrumentos impedientes do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição. Essa observação, aliás, já havia feito no HC 126.292.

Por essa razão, deve-se dar alguma consequência prática ao julgamento antecipado da causa por meio do *habeas corpus* . Não se está fechando as portas ao remédio heroico, mas uma vez analisada a matéria nele tratada, normalmente ainda mais abrangente que o conteúdo dos recursos extraordinários, torna-se despiciendo aguardar o julgamento destes (caso venham a ser admitidos). A defesa decidiu queimar etapas fazendo uso de *habeas corpus* .

Sendo assim, analisada a matéria em sede de *habeas corpus* precipitado pela defesa, não se justifica aguardar-se o julgamento de REsp ou AResp pelo STJ (novo marco para início da execução da pena), devendo-se, desde logo, por força da **formação progressiva do trânsito em julgado** , dar-se início ao cumprimento da pena. Com isso, caberá a defesa repensar suas estratégias!!!

GRAVIDADE DO CRIME

Por fim, à luz da realidade que nos cerca, penso que podemos avançar ainda mais para uma última possibilidade de antecipação do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

início de cumprimento da pena. Para melhor exprimir essa necessidade, retomo, aqui, o raciocínio que permeou meu voto no HC 126.292. Disse naquela ocasião:

> "... E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da Justiça. Ainda há pouco e é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal, esse crime, por todas as razões, reprovável, ocorrido em Unaí, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico.
>
> Outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. Manda matar a suplente (...) ficou anos respondendo solto, vai a júri... Tem que se pensar em alguma coisa.
>
> O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves.
>
> Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação."

Em todas essas hipóteses e pontos suscitados, fica claro que, se o trânsito em julgado da condenação é a regra, nosso ordenamento jurídico autoriza que se extraiam exceções, especialmente em fases avançadas do processo penal.

Situações excepcionais, para hipóteses de crimes graves, em que normalmente se impõe o regime fechado, pode-se dar início ao cumprimento da pena a partir do segundo grau de julgamento. Haveria cautelaridade na aplicação imediata da pena, em hipóteses tais, como para a garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal.

A execução antecipada da pena constitui exceção em nosso sistema, sendo regra o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória, como acentuou o Ministro Peluso (HC 84.078-MG) não se pode conceber um processo justo onde se aplique a alguém, pelo mero

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

fato de ser réu, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação de sua liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Porém, conforme manifestei anteriormente, podemos avançar um pouco também no sentido do modelo alemão, que com o nosso não conflita neste ponto. Ali, muito embora não exista expressa menção à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

No plano legal, o Código de Processo Penal da Alemanha (*Strafprozeßordnung*) afirma que as sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado (§449: *Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito (*dringen verdächtig*) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso.

Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão §§ 112 e 112a do *Strafprozeßordnung* . Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht* , 19, 342).

Conforme dissemos, o processo avança e a culpa se acentua. Com a condenação ou com sua confirmação em segundo grau de jurisdição, surge aí um título executivo, ainda que precário, sujeito a recursos especial e extraordinário, mas que autoriza e recomenda uma nova avaliação das circunstâncias do caso, com o escopo de se aquilatar a necessidade do início do cumprimento da pena em casos de crimes graves. Nisso repousa a cautelaridade esperada do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Não é por outro motivo que, em situações limites, de gravidade acentuada, tenho denegado *habeas corpus* impetrado para suspender o início da execução da reprimenda determinada após o julgamento de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

segundo grau. Dentre outros, cito os seguintes casos:

> No HC 151.259-SP, decisão de 23.2.2018 (DJe 27.2.2018), o paciente foi condenado, por tráfico de drogas e associação, à pena de 44 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade. O TJ/SP no julgamento do apelo defensivo reduziu a pena para 43 anos e 4 meses de reclusão, mantidos o regime inicial fechado e a custódia preventiva. Por sua vez, o STJ redimensionou a pena para 38 anos, 4 meses e 20 dias. Entendi que a prisão estava devidamente justificada, pois o paciente era responsável pelo transporte de expressiva quantidade de droga e pela liderança dos membros da organização criminosa.
>
> RHC 150.705 MG, decisão de 18.12.2017 (DJe 1º.2.2018), paciente condenado à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tráfico interestadual de drogas (quase uma tonelada de maconha). Apelo desprovido. Justificada a negativa do direito de recorrer em liberdade no fundado risco de reiteração delitiva (paciente reincidente específico).
>
> HC 151.571- GO, decisão de 23.3.2018 (DJe 27.3.2018), paciente condenado à pena de 15 anos de reclusão, regime inicial fechado, pela prática de homicídio triplamente qualificado. Com o julgamento do apelo do Ministério Público, a pena foi majorada para 16 anos de reclusão e determinado o início da execução provisória da pena. Agravo em recurso especial pendente. Prisão justificada na necessidade de garantia da ordem pública. Homicídio ocorrido em 2004.
>
> No HC 147.957-RS, decisão de 23.11.2017 (DJe 27.11.2017), tratava de homicídio duplamente qualificado. Condenação à pena de 17 anos de reclusão. Vítima: ex-esposa. Crime grave. Prisão justificada na necessidade de garantir a ordem pública.
>
> HC 149.366-SP, decisão de 23.11.2017 (DJe 27.11.2017), homicídio qualificado. Condenação à pena de 12 anos de reclusão em regime fechado. O STJ negou seguimento ao agravo em recurso especial. Prisão justificada. Garantia da ordem pública.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

> HC 148.874-SP, decisão de 31.10.2017 (DJe 8.11.2017), dois pacientes. Duplo homicídio qualificado. Condenação às penas de 15 e 16 anos de reclusão. Apelo desprovido. Prisão justificada na necessidade de evitar a reiteração delitiva.
>
> HC 148.452-ES, decisão de 10.10.2017 (DJe 11.10.2017), caso de estelionato e uso de documento falso, em continuidade delitiva. Pena de 15 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Condenação confirmada em 2ª instância. Necessidade da prisão justificada em razão dos maus antecedentes do paciente de modo a acautelar a ordem pública.

A garantia da ordem pública e o esgotamento das vias ordinárias constituem importantes pressupostos para a aferição da necessidade da prisão. Caberá à jurisprudência reconstruir e dar significado à ordem pública.

Sabe-se que o conceito de garantia de ordem pública é assaz impreciso e provoca grande insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista a possibilidade de se exercer, com esse fundamento, certo e indevido controle da vida social, como anotado por Eugênio Pacelli (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 434)

A garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime. Assim pensa Júlio Fabbrini Mirabete (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal interpretado, 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 803):

> A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional.

Assinale-se que não se está apregoando a recepção do clamor

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

público como fato gerador da prisão preventiva, hipótese já rechaçada pelo Supremo Tribunal (HC 80.719/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ 28.9.2001). O STF, como se sabe, tem repelido, de forma reiterada e enfática, a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente. O clamor das ruas não deve orientar as decisões judiciais.

O que se quer dizer é que a própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável.

Dissemos, em nosso Curso de Direito Constitucional, que o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas visa também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 616).

Esgotadas as vias ordinárias, com imposição de pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, o cumprimento da pena se justificaria para garantir a ordem pública ou a aplicação da lei penal. Repita-se, sempre em situações excepcionais, devidamente fundamentada a decisão depois de confirmada a condenação em segundo grau.

Tais critérios acima expostos são diretrizes iniciais, um norte ou ponto de partida para que os Tribunais analisem, concretamente, caso a caso, a necessidade de se antecipar o início do cumprimento da pena em crimes graves.

Deve-se expungir a ideia equivocada de prisões automáticas decorrentes de condenação em segundo grau, sem critério, sem levar em consideração a natureza do crime e as circunstâncias do caso concreto.

Caberá a esta Corte e aos tribunais superiores delinear com precisão, reescrevendo-se conceitos e significados, as hipóteses excepcionais em que a ordem pública autoriza a antecipação da execução da pena, diante da regra da prevalência do princípio da presunção de inocência.

Em conclusão , penso que a regra da presunção de não culpabilidade, diante da formação progressiva da culpa, permite o início

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

da execução da pena a partir do julgamento pelo STJ de REsp e AResp (fixando-se limite nos primeiros Embargos Declaratórios), marco de maior segurança jurídica, quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena.

Fora desse marco, abrem-se **três possibilidades de antecipação da execução da pena** :

A primeira: possibilidade de antecipar-se a execução da pena ocorreria com o **trânsito em julgado progressivo** da sentença condenatória, tendo em vista que parte ou **parcela da pena tornou-se líquida** por falta de argumentação recursal. A pena incontroversa poderia ser executada ainda na primeira instância (execução da pena mínima).

A segunda: possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do **trânsito em julgado progressivo** , decorrente agora da precipitação em ***habeas corpus*** **(denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF** de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário), tornando desnecessário aguardar o julgamento destes para o cumprimento da reprimenda.

A terceira: uma vez confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, formando-se, portanto, título executivo mais robusto, abre-se a possibilidade, em **crimes graves, regime fechado,** de nova análise do cabimento da antecipação da execução da pena para **garantia da ordem pública** ou da aplicação da lei penal.

Assim, voto no sentido de **conceder em parte a ordem de *habeas corpus*** para que, eventual cumprimento de pena, ocorra somente a partir do julgamento pelo STJ.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709356.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu faço até um parêntese para lembrar que eu já estou aqui há quinze anos e já vi quase de tudo. Nunca vi uma mídia tão opressiva como aquela que se tem feito nestes anos, nunca vi. Já vi de tudo.

Todos sabem que eu venho do Governo FHC. E aqui até vou fazer uma reflexão que, certamente, não vai agradar aos meus amigos petistas. Creio que nós devemos muito desse quadro hoje de intolerância do País à prática que o PT desenvolveu ao longo dos anos: de intolerância, de ataque às pessoas. Quando eu me lembro, por exemplo, dos ataques que hoje se fazem, nas ruas, às pessoas, eu me lembro dos ataques que fizeram aqueles grevistas de São Paulo a Mário Covas, doente, com câncer. E José Dirceu, líder, então, disse: "Bem-feito, vai apanhar nas ruas e nas urnas". Esse tipo de intolerância, quer dizer, gestou-se esse germe ruim da violência. Acho que o PT tem uma grande chance, neste momento em que ele se encontra com a realidade, de fazer aquilo que se chama *eines Revisionsverfahren*, um pedido de desculpas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709357.

público por esse tipo de ataque. Os aprendizes aprenderam na oficina do diabo, essa gente que hoje está aí, fascistoides atacando às pessoas. Isto é extremamente ruim.

Mas eu não me lembro, Presidente, em todos esses anos, de uma mídia tão ofensiva, até diria - usando uma palavra forte -, de uma certa forma, chantagista. Eu vi, por exemplo, a matéria da Folha de domingo, dizendo que nós temos 88 dias de férias, e daí toda a causa. Essa matéria deveria já ter sido publicada. De fato, e eu concordo, nós temos de acabar com esses feriados do Judiciário. Nós temos que realmente, e eu já falo sempre: acabar com as férias em dobro do Judiciário. Mas não mediante chantagem, com uma reflexão clara nossa. É como se dissessem assim: “Se vocês se comportassem, a gente não publicaria isso. Mas, como vocês não estão se comportando....” Não dá; num regime democrático, isso não se pode fazer. Veja, e eu falo com a autoridade de quem vem falando isso há muito tempo, temos de acabar com esses penduricalhos, com essas férias em dobro, com o auxílio moradia, o diabo. Falo com a autoridade de quem passou pelo Eleitoral agora recentemente e acabou com 400 Zonas Eleitorais. Os senhores sabem que isso significa "dindim", dinheiro para promotor, dinheiro para

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709357.

juiz. Muito difícil de se fazer, porque entendi que era para se fazer assim.

Mas é preciso, um pouco, acabar essa mídia opressiva que se tem feito. Fez-se ontem um festival no Jornal Nacional, querendo provar minha incoerência. Os senhores verão que não tem incoerência alguma, senão responsabilidade com o País, responsabilidade institucional.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709357.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, fiz essa mudança, como já demonstrei, por reflexão, por entender - e, aqui, Presidente, tem poucas pessoas com condições de me dar lição sobre o conhecimento do sistema prisional brasileiro. Eu trabalhei no mutirão - vinte e duas mil pessoas - e eram de réus pobres, não eram de réus ricos, não eram de bandidos internacionais. Não! Eram de réus pobres, aqueles que nós visitávamos, pessoas que ficaram pobres e presos. Não sei se eram pretos, não sei se eram putas, como se consegue dizer, mas ficavam presas 12 anos, 14 anos, presos provisoriamente. Quem foi lá discutir isso fui eu! Vinte e duas mil pessoas foram libertadas! Portanto, eu não aceito discurso, eu não aceito discurso! E aqui há Colegas que estiveram comigo no CNJ. Eu não aceito discurso de que estou preocupado com este ou aquele! É injusto, é indigno para comigo, porque eu fui a Bangu, eu fui a Pedrinhas, eu perambulei o Brasil todo. Não fiz isso por demagogia, isso teve resultado. E encontrávamos pessoas presas naqueles calabouços, como em Fortaleza, Ministro Lewandowski, há 14 anos. Provisoriamente! Essa é a realidade do Brasil!

Mas eu falo isso, portanto, com autoridade de quem lida com esse tema na acepção dos direitos humanos, do compromisso que se deve ter, e não com o populismo, com demagogia, com vontade de satisfazer essa onda de punitivismo que está por aí. Conheço esse sistema. Mas eu não conheço do lado da advocacia criminal dos ricos. Não! Eu conheço da realidade daqueles que não têm advogados. Tanto é que tentei responder a uma falta de advogado - e aqui está o Britto para confirmar -, instituindo a advocacia voluntária. Um modelo do Rio Grande do Sul para ricos e pobres, se fosse possível, mas sobretudo para pobres, em todas as esferas. Mas esbarrei numa resistência enorme, que venci, pelo menos durante a minha gestão.

A OAB via de forma esquiva essa ideia da advocacia voluntária

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709358.

porque ia tirar clientes e os votos deles. A Defensoria Pública, lembro-me, os defensores visitaram-me, Doutor Kakay, e lá disseram: "Não faça isso, porque advocacia voluntária vai tirar a pressão que nós temos sobre os governadores" que é uma pressão que tem a ver, hoje, justa até certo. São Paulo, o Estado mais poderoso da Federação, há até pouco tempo, Ministro Alexandre, não tinha Defensoria Pública. Justa. Mas por que os governadores temiam isso? Por que não querem Defensoria? Não. Porque não dão conta de pagar esse sistema, esse estamento, porque todos agora são iguais, essa balança que corre para cima, essa escalada que se tem em que procurador tem que ser igual a juiz, juiz que tem que ser igual a procurador, defensor, o diabo! E, obviamente, que os governadores temem a instituição de mais uma força corporativa. Eu me lembro de ter falado para esses defensores - e veja que todos nós temos palavras de encômios à Defensoria Pública, gostamos da Defensoria Pública, elogiamos a Defensoria Pública -, mas eu lhes disse, à época: "nós precisamos da advocacia voluntária!" Por quê? "Porque vocês são cinco mil defensores públicos". À época, eram quinhentos mil presos. Hoje, são setecentos poucos mil presos! Era preciso que se pensasse numa coisa. E eles disseram: "Mas, com isso, vamos folgar a pressão que temos sobre os governadores". Eu disse: "Vocês não precisam ficar preocupados, porque há pobres para todos!" A frase era jocosa, mas era para dizer que, com a quantidade de pobres nos presídios, eles não precisavam ficar preocupados, Ministra Rosa.

E por que estou mudando de posição? Exatamente por isso. Nessa análise, isso resulta em uma grande e brutal injustiça, num sistema que já é por si injusto. Se nós temos uma justiça com várias falhas, a Justiça Criminal, por si só, é extremamente falha, é muito falha.

Por essa razão, Presidente, as prisões automáticas - e não farei, aqui, a leitura subjacente a isso - empoderam um estamento que já está por demais empoderado: o estamento dos delegados, dos promotores, dos juízes.

Esses dias eu comentava com o Ministro Celso, e ele lembrava de uma obra - e estou a ler por recomendação dele - da professora Bogéa -

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709358.

"Morte na República: os últimos anos de Pinheiro Machado e a política oligárquica" -, em que ela claramente analisa o papel da mídia nesse contexto.

Há algum tempo, eu andava pelas ruas de Lisboa, como todos sabem, duas senhoras jogaram palavras agressivas. O Globo, em seguida, publicou a seguinte chamada - e disse isso aos responsáveis pelo Globo: *Vejam o que duas senhoras fizeram ao encontrar o Ministro Gilmar Mendes nas ruas de Lisboa. O que você faria?* É esse o tipo de mídia opressiva que nós desenvolvemos. É preciso dizer não a isso! Se as questões aqui foram decididas nesse tipo de par ou ímpar, deixaremos de ser Corte do Suprema. Se tivermos que decidir causas como essa, porque a mídia quer este ou aquele resultado, melhor nos demitirmos e irmos para casa. Vejam, eu não sei o que é apreender o sentimento social. Não sei! Ah, é o sentimento da mídia. À época, Pinheiro Machado falava que não havia opinião pública, senão a opinião publicada. Eu não sei, é até bom saber. Mas se um tribunal for se curvar a isso, é melhor que ele desapareça, é melhor que deixe de existir. Em matéria criminal, a coisa mais sensível é julgar segundo o sentimento da rua. Não dá, Presidente. Não é possível. E eu não preciso ir muito longe. Os nazistas já defenderam isso. A ideia do *Volksgeist* será absorvida no sentido perverso. O bom *Volksgeist* de Savigny vai virar uma coisa escabrosa. Não se pode falar nisso, sob pena de comprometer a democracia.

Por isso que depois dessa situação, não teve outra razão. E não é porque dizem: "Ah, amigos dele estão sendo atingidos". Coisa nenhuma! Não opero com esse critério! Não existe isso. Demagogia barata, populismo vulgar. Todos sabem dessa minha capacidade de enfrentamento, de mudar de posição de maneira clara, dizendo, nos olhos, por que estou mudando.

É notório que, aqui, era preciso fazer uma revisão, porque estamos, de fato, cometendo injustiças aos borbotões e estamos fortalecendo um estamento que não terá mais contraste, para não dizer, quando analisamos os casos da "Lava Jato", que a prisão em segunda instância é uma balela. Porque, na maioria dos casos, ela começa, em primeiro grau,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709358.

como prisão provisória! Nós mesmos temos *habeas corpus* para julgar - espero que julguemos daqui a pouco aqui - de pessoas que estão há dois anos presas provisoriamente. Depois, vem a decisão confirmatória, a sentença; mantém-se preso. Depois, vem a decisão de segunda instância e agora já é prisão definitiva!

Quem não souber ler nas estrelas, Presidente, sabe que está empoderando um estamento que já não tem mais limites no seu poder e debilitando, de maneira drástica, a Corte Suprema, esvaziando-a! É isso que nós queremos? E é para isso que nós vamos? Devemos caminhar nesse sentido se não tivermos olhos para ver?

Presidente, por isso que eu passei, desde maio de 2017, a deferir os *habeas corpus* de minha relatoria, quando cabível ordem para imediata execução da pena em condenações confirmadas em segunda instância. Não é um, não são dois, não são três. Muitos *habeas corpus* foram concedidos. Alguns foram denegados. E por quê? Eu disse e saliento que, apesar de ter concedido ordens de *habeas corpus*, amparado pela impossibilidade do cumprimento antecipado, deneguei a ordem no HC coletivo 154.322, a mim distribuído recentemente, em razão da amplitude do pedido, que era genérico, com a pretensão de suspender todas as execuções antecipadas. E deixei de suspender naqueles casos em que, notoriamente, tratava-se de uma prisão de caráter cautelar, iteração, casos claros de flagrante violação ao princípio da ordem pública, à aplicação da lei penal, organizações criminosas, tráfico, pedofilia - esses exemplos que têm sido dados, dizendo-se: "Agora vai haver uma abertura completa!" Nada disso. E creio que vários dos Colegas que vêm deferindo também têm feito esse tipo de seleção.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709358.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E esse é um dado que nós temos que levar em conta dentro daquilo que **Häberle** chama de uma interpretação possibilista. Porque antes era uma rotina, Ministro Fachin, fazer-se o RE para o Supremo também em matéria criminal. Hoje isso depende da admissão da repercussão geral. E mais do que isto: nós sabemos muito bem que estamos lidando com recurso extraordinário. Lembro-me do Ministro Moreira Alves falando, Ministro Fux, diante dos agravos que nós julgávamos, que as pessoas pensavam, poderiam pensar - aqueles inadvertidos que entrassem numa sessão, especialmente da Turma - que estivéssemos diante de uma sessão do jogo do bicho, tanto eram os números que eram enunciados e com os desencontros. Aqui também agora nós vivemos isso com o RE, porque se alguém entra com o RE e nós julgamos que a matéria já teve a repercussão admitida, nós dizemos: fica pendurado na caixinha 922. E aguarda-se, portanto, o julgamento daqueles casos que estão pendentes e este fica suspenso. Quer dizer, como trabalhar isto hoje, em termos mesmo de organização, de mecânica processual? Nesse âmbito, nós precisamos evoluir, gente, e, talvez, aí haja consideração *de lege ferenda*. Mas esta é uma questão que se coloca e que é extremamente relevante. Ainda na semana passada ou semana retrasada, recebi a professora Misabel, que dizia: Ministro, houve um equívoco do seu gabinete, porque colocou esse processo em um paradigma equivocado. Não é aquele, é algo autônomo. E assim nós vivemos hoje com a realidade do recurso extraordinário. De modo que isso se tornou também algo lotérico. Se focarmos só na matéria criminal, nós vamos verificar que isto é extremamente problemático. E, nesse sentido, cumprimento mais uma vez a reflexão trazida pelo Ministro Dias Toffoli.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14709359.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa-tarde, Presidente, Ministra Rosa, Ministros, Doutora Raquel! Eu quero iniciar cumprimentando tanto o voto que foi proferido pelo Ministro Fachin quanto a divergência aberta, o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Entendo que nós estamos discutindo nesta sessão é a tese, obviamente defendida pela defesa, ao apontar ilegalidade do ato coator do Superior Tribunal de Justiça; a tese maior apontada é exatamente a possibilidade, ou não, da execução provisória da pena após a sentença ou o acórdão, após a decisão de segundo grau. Agora essa tese discutida não me parece - e aí eu quero, com a devida vênia, com o devido respeito, discordar do que foi dito pelo Ministro Gilmar, secundado por outros Ministros - que é a única questão a ser tratada, como se nós estivéssemos em uma ação declaratória de constitucionalidade, em alguma ação do controle concentrado. Acho que essa questão deve ser analisada juntamente com uma pergunta: houve ou não ato ilegal do Superior Tribunal de Justiça? Porque, nos termos constitucionais, só há a possibilidade de concessão da ordem de *habeas corpus* quando houver ilegalidade ou abuso de poder.

Inicialmente, então, entendo que o que deve ser focado é exatamente: o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o *habeas corpus*, ao denegar, por cinco a zero, o *habeas corpus*, agiu com ilegalidade? Ele agiu com abuso de poder? Porque, sem ilegalidade e sem abuso de poder, não há como se conceder o *habeas corpus*. E o ato apresentado pelo paciente como coator foi o reconhecimento por parte do Superior Tribunal de Justiça de inexistência de constrangimento ilegal por também inexistência de violação ao princípio da presunção de inocência, em face da possibilidade da execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

extraordinário, pela ausência do efeito suspensivo.

Esse ato, proferido, em 6 de março de 2018, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi baseado integralmente - e o Ministro Fachin citou trechos dos votos dos Ministros - no posicionamento atual - majoritário, é verdade, mas atual - desta Suprema Corte. E mais do que isso: posicionamento atual e, eu diria, nesses quase trinta anos de vigência da Constituição, um posicionamento tradicional desta Corte. O que me parece importantíssimo de se analisar é se é possível considerar uma decisão judicial dada pelo Superior Tribunal de Justiça, baseada integralmente em decisões e posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal - posicionamento, como eu disse, nesses quase trinta anos de vigência da Constituição, posicionamento tradicional -, ilegal ou abusiva.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência despreza, portanto, o período de sete anos em que vigorou a óptica segundo a qual não se poderia executar a partir da decisão da segunda instância? Pondero porque Vossa Excelência está-se referindo muito à posição tradicional.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, de forma alguma. Eu vou dizer isso, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quer dizer, tem-se que se passaram sete anos e houve a modificação, a qual está em vigência há menos de dois anos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, o direito fundamental à liberdade de locomoção sempre será protegido por meio de *habeas corpus* quando houver *ilegalidade* ou *abuso de poder* no ato coator imputado como a causa de eventual violência ou coação.

Na presente hipótese, o paciente apontou como *ato coator ilegal* o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou *habeas corpus*, reconhecendo a inexistência de constrangimento ilegal por violação ao

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

princípio da presunção de inocência, em face da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, pela ausência de efeito suspensivo dos mesmos (HC 434.766/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018).

A tese apresentada pela defesa aponta a ilegalidade do *ato coator* do STJ que, seguindo a jurisprudência majoritária do STF, manteve o início da execução provisória da sentença condenatória em 2º grau. Mas não estamos, somente, discutindo abstratamente a questão constitucional, pois precisamos analisar se a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi realmente um *ato ilegal, teratológico, abusivo.*

A decisão impugnada foi baseada integralmente em posicionamento atual e majoritário do Plenário dessa SUPREMA CORTE (HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP), que, inclusive, é reforçado pelo tradicional posicionamento majoritário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesses quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988.

Entendo essa análise importantíssima, pois afasta as interpretações que levariam à ilegalidade do ato do STJ. Eventuais alterações futuras de posicionamento desta CORTE não podem ter a força de transformar decisões judiciais inicialmente legais em *atos ilegais*.

Promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a análise da compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi realizada pela primeira vez em 29 de março de 1989, pela Segunda Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no HC 67.245/MG, relatado pelo Min. ALDIR PASSARINHO, com a participação dos Ministros FRANCISCO REZEK, CARLOS MADEIRA e CÉLIO BORJA, que, por unanimidade, decidiram pela constitucionalidade da prisão, salientando os seguintes pontos:

> "PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

> HOMICIDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSAO O DISPOSTO NO ART. 5º, LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO".

Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário desta CORTE sobre a matéria, no HC 68.726/DF, relatado pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA. Novamente, por unanimidade – ausentes os Ministros CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO –, o STF entendeu "*não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição*" a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena:

> "Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu."

É importante ressaltar que, durante os 29 anos e 6 meses de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 22 anos e 6 meses.

Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo Ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje.

Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.

Da mesma maneira, durante esses quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles haviam, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória. A grande maioria, vinte e dois, sempre defendeu a atual jurisprudência da CORTE (três Ministros não chegaram a se posicionar sobre o assunto: Rafael Mayer – aposentadoria em 14/5/89, Oscar Corrêa, aposentadoria em 17/1/89 e Carlos Madeira, aposentadoria em 1990).

A possibilidade de execução provisória da pena, saliente-se, foi o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

> **SÚMULA 716:** Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
>
> **SÚMULA 717:** Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Durante todos esses anos, quase 30, as alterações de posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos dois anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil.

A interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer *ilegalidade* no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou em sua

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em 75% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período.

O respeitável posicionamento contrário à possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, atualmente minoritário, mesmo que venha a se tornar majoritário na CORTE, pois inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder do Superior Tribunal de Justiça no momento de sua decisão, não poderá transformar em ilegal a decisão do Superior Tribunal de Justiça que adotou integralmente a ATUAL e TRADICIONAL jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça não desrespeitou o princípio da presunção de inocência, que é uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 ("*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*").

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

No direito brasileiro, a *presunção de inocência* é consagrada

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, ao estabelecer que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Com razão o eminente Ministro CELSO DE MELLO, Decano desta CORTE, quando alerta ser "*mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência*" (voto no HC 126.292), em face da redação constitucional que se refere ao "*trânsito em julgado*".

A condicionante constitucional ao "*trânsito em julgado*", portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º.

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve:

> "considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementaridade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRÍA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los princípios generales del derecho.* Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade.

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

A eficácia do *princípio da tutela judicial efetiva* estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes ("*direito de recorrer")*, visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

A eficácia do *devido processo legal* estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade – cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI) –, quanto no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a impedir o arbítrio do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

Estado.

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do *princípio da ampla defesa* estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, direito de ser processado e julgado pelo juiz competente, direito aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do *princípio do contraditório,* como exteriorização da ampla defesa, será respeitada quando houver a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal.

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – *princípio da presunção da inocência* – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da *presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.

Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, consequentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva* e *do juízo natural,* com a possibilidade de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o "*congelamento de sua efetividade*" pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal – , seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional*, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o *método da justeza ou conformidade funcional*, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (*Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss).

O "*esquema organizatório-funcional*" estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro NÉRI DA SILVEIRA denominava de "*juízo de consistência*" (HC 72.366/SP).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

Exatamente o que ocorreu na presente hipótese, em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região esgotou a possibilidade legal de análise probatória e, formando o "*juízo de consistência*", afastou a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determinou o início da execução provisória da pena.

Essa análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em relação a essas Cortes, a competência constitucional é restrita, não permitindo nova análise da justiça ou injustiça da valoração probatória realizada pelos juízos ordinários competentes.

Esse mesmo "*esquema organizatório-funcional*" autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente e reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

A *tutela judicial efetiva*, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

Trata-se do mesmo entendimento nos ordenamentos jurídicos do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

Direito Comparado, que, no máximo, exigem para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292).

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6º, 2 – consagram o *princípio da presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado "*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*", que, inclusive, analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011; Mohamed vs. Argentina, 2012):*

> "Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa".

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º, que sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078) manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Em conclusão, a decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que manteve a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, por entender que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não apresenta qualquer ilegalidade ou abuso de poder, uma vez que consoante à atual e tradicional jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto, portanto, pela DENEGAÇÃO DA ORDEM.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas a Constituição brasileira impede a execução.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ao seu ver,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

Ministro.

O SENHOR MINISTRO MARCO – O principal, que é a liberdade de ir e vir, pode ser perdido!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Pode e deve.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E deve?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A meu ver, deve.

Conclusão. A decisão do Superior Tribunal de Justiça independentemente de discutirmos a possibilidade de execução provisória da pena, com o devido respeito às posições em contrário, não é possível nós entendermos que há ilegalidade numa decisão que tão somente repetiu e atendeu o comando constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Nesses termos, pedindo vênia ao Ministro Gilmar Mendes, eu acompanho integralmente o Relator, votando pela denegação da ordem.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14872365.

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S)	: LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S)	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S)	: JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, o direito fundamental à liberdade de locomoção sempre será protegido por meio de *habeas corpus* quando houver *ilegalidade* ou *abuso de poder* no ato coator imputado como a causa de eventual violência ou coação.

Na presente hipótese, o paciente apontou como *ato coator ilegal* o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou *habeas corpus*, reconhecendo a inexistência de constrangimento ilegal por violação ao princípio da presunção de inocência, em face da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, pela ausência de efeito suspensivo dos mesmos (HC 434.766/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018).

A tese apresentada pela defesa aponta a ilegalidade do *ato coator* do STJ que, seguindo a jurisprudência majoritária do STF, manteve o início da execução provisória da sentença condenatória em 2º grau. Mas não estamos, somente, discutindo abstratamente a questão constitucional, pois precisamos analisar se a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi realmente um *ato ilegal, teratológico, abusivo.*

A decisão impugnada foi baseada integralmente em posicionamento atual e majoritário do Plenário dessa SUPREMA CORTE (HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP), que, inclusive, é reforçado pelo tradicional posicionamento majoritário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesses

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988.

Entendo essa análise importantíssima, pois afasta as interpretações que levariam à ilegalidade do ato do STJ. Eventuais alterações futuras de posicionamento desta CORTE não podem ter a força de transformar decisões judiciais inicialmente legais em *atos ilegais*.

Promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a análise da compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi realizada pela primeira vez em 29 de março de 1989, pela Segunda Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no HC 67.245/MG, relatado pelo Min. ALDIR PASSARINHO, com a participação dos Ministros FRANCISCO REZEK, CARLOS MADEIRA e CÉLIO BORJA, que, por unanimidade, decidiram pela constitucionalidade da prisão, salientando os seguintes pontos:

> "PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICIDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSAO O DISPOSTO NO ART. 5º, LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO".

Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário desta CORTE sobre a matéria, no HC 68.726/DF, relatado pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA. Novamente, por unanimidade – ausentes

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

os Ministros CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO –, o STF entendeu "*não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição*" a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena:

> "Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu."

É importante ressaltar que, durante os 29 anos e 6 meses de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 22 anos e 6 meses.

Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo Ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje.

Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.

Da mesma maneira, durante esses quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles haviam, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória. A grande maioria, vinte e dois, sempre defendeu a atual jurisprudência da CORTE (três Ministros não chegaram a se posicionar sobre o assunto: Rafael Mayer – aposentadoria em 14/5/89, Oscar Corrêa, aposentadoria em 17/1/89 e Carlos Madeira, aposentadoria em 1990).

A possibilidade de execução provisória da pena, saliente-se, foi o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do Supremo Tribunal

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

Federal editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

> **SÚMULA 716:** Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
>
> **SÚMULA 717:** Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Durante todos esses anos, quase 30, as alterações de posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos dois anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil.

A interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer *ilegalidade* no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou em sua decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em 75% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período.

O respeitável posicionamento contrário à possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, atualmente minoritário, mesmo que venha a se tornar majoritário na CORTE, pois inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder do Superior Tribunal de Justiça no momento de sua decisão, não poderá transformar em ilegal a decisão do Superior Tribunal de Justiça que adotou integralmente a ATUAL e TRADICIONAL jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça não desrespeitou o princípio da presunção de inocência, que é uma presunção *juris tantum* e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 ("*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*").

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

No direito brasileiro, a *presunção de inocência* é consagrada constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, ao estabelecer que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Com razão o eminente Ministro CELSO DE MELLO, Decano desta CORTE, quando alerta ser "*mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência*" (voto no HC 126.292), em face da redação constitucional que se refere ao "*trânsito em julgado*".

A condicionante constitucional ao "*trânsito em julgado*", portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º.

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve:

> "considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementaridade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRÍA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los princípios generales del derecho.* Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade.

A eficácia do *princípio do juiz natural* exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

A eficácia do *princípio da tutela judicial efetiva* estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes ("*direito de recorrer")*, visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

A eficácia do *devido processo legal* estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade – cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI) –, quanto no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a impedir o arbítrio do Estado.

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do *princípio da ampla defesa* estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, direito de ser processado e julgado pelo juiz competente, direito aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do *princípio do contraditório*, como exteriorização da ampla defesa, será respeitada quando houver a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – *princípio da presunção da inocência* – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da *presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.

Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, consequentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva* e *do juízo natural,* com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o "*congelamento de sua efetividade*" pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal – , seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional,* em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o *método da justeza ou conformidade funcional,* que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (*Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss).

O "*esquema organizatório-funcional"* estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro NÉRI DA SILVEIRA denominava de "*juízo de consistência"* (HC 72.366/SP).

Exatamente o que ocorreu na presente hipótese, em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região esgotou a possibilidade legal de análise probatória e, formando o "*juízo de consistência"*, afastou a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determinou o início da execução provisória da pena.

Essa análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em relação a essas Cortes, a competência constitucional é restrita, não permitindo nova análise da justiça ou injustiça da valoração probatória realizada pelos juízos ordinários competentes.

Esse mesmo "*esquema organizatório-funcional"* autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente e reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *Habeas*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

A *tutela judicial efetiva*, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

Trata-se do mesmo entendimento nos ordenamentos jurídicos do Direito Comparado, que, no máximo, exigem para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292).

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6º, 2 – consagram o *princípio da presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado "*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*", que, inclusive,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011; Mohamed vs. Argentina, 2012):*

> "Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa".

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º, que sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078) manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Em conclusão, a decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que manteve a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, por entender que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não apresenta qualquer ilegalidade ou abuso de poder, uma vez que consoante à atual e tradicional jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto, portanto, pela DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14606098.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, repito que os requisitos para possibilidade da prisão provisória são mais definitivos e maiores do que os requisitos para prisão preventiva. Quando o último tribunal que pode analisar, com cognição plena, retira a questão da presunção de inocência em relação à liberdade e, como foi dito, aponta a culpabilidade. Essa é a fundamentação. Não há fundamentação maior que essa.

Súmulas, nós devemos lembrar, são condensamentos de posicionamento interpretativo majoritário de um tribunal.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14871691.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu começo a minha manifestação cumprimentando todos os ilustres profissionais que se manifestaram, tanto a Procuradora-Geral da República, a Doutora Raquel Dodge, como o eminente Advogado Doutor José Roberto Batochio. Cumprimento o eminente Ministro Luiz Edson Fachin, pelo seu voto; o Ministro Gilmar Mendes; e agora o Ministro Alexandre de Moraes.

A hipótese, Presidente, é de um *habeas corpus* impetrado em favor de Luiz Inácio Lula da Silva. Na sessão de julgamento anterior, ficou decidida a questão do conhecimento ou não, e a minha posição ficou vencida. Portanto, estamos aqui tratando do conhecimento.

Eu gostaria de dizer, logo de início, como disse na sessão passada, que não me é indiferente o fato de se tratar aqui de um *habeas corpus* impetrado por um ex-Presidente da República - por Luiz Inácio Lula da Silva - e, mais do que isso, por um político que deixou o cargo com elevados índices de aprovação popular e que presidiu o país em um período de relevante crescimento econômico e de expressiva inclusão social. Não é, no entanto, o legado político do Presidente que está aqui em discussão. O que se vai decidir é se se aplica a ele, ou não, a jurisprudência que este Tribunal fixou e que, em tese, deve se aplicar a todas as pessoas.

Portanto, eu acho que este julgamento é, na verdade, um teste importante para o sentimento republicano, para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional, que é a capacidade de assegurar que todas as pessoas sejam tratadas com respeito, consideração e igualdade. O nosso papel aqui, árduo como possa ser e muito acima de sentimentos pessoais, é o de assegurar a razão - a razão pública e a razão da Constituição - por sobre as paixões políticas.

Também queria deixar claro, logo ao início do meu voto, que o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Supremo Tribunal Federal não funciona aqui como uma nova instância no julgamento - uma quarta instância - que se iniciou na 13ª Vara Criminal de Curitiba e passou pelo Tribunal Regional da 4ª Região. Não é o mérito da decisão que está sendo discutido. Portanto, o Supremo Tribunal Federal não está julgando se há provas adequadas, se o julgamento de condenação foi certo ou errado. Não é essa a matéria que está em discussão. Isso deve ser discutido em outro tipo de procedimento.

O que nós estamos analisando aqui é um *habeas corpus* impetrado contra uma decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, como frisou o Ministro Luiz Edson Fachin, que, em cumprimento da decisão, da orientação do Supremo Tribunal Federal, determinou que, após a condenação em segundo grau de jurisdição, a decisão poderia ser prontamente executada. Dessa forma, como frisou o Ministro Alexandre de Moraes, é preciso, de fato, saber se essa decisão do Superior Tribunal de Justiça contém ilegalidade ou abuso de poder, porque esses são os fundamentos que justificam a impetração do *habeas corpus* constitucional. E, portanto, o Ministro Fachin tentou cingir a questão ao que ela verdadeiramente deveria ser: saber se o Superior Tribunal de Justiça cometeu uma ilegalidade ou um abuso de poder ao aplicar, a um caso concreto, a orientação do Supremo Tribunal Federal. Para parodiar um ilustre ex-integrante deste Tribunal, a resposta é chapadamente não. Cumprir decisão do Supremo Tribunal Federal não é, por evidente, cometer ilegalidade e, menos ainda, abuso de poder. Portanto, eu também penso que seria possível, como propôs o eminente Relator, parar a discussão aqui, porque esta é verdadeiramente a matéria do *habeas corpus*.

Porém, por muitas circunstâncias, tornou-se inevitável ir um pouco além e debater a questão de fundo. Assim, não é possível escapar da discussão de ser ou não ser legítima a execução de condenações criminais depois da decisão de Segundo Grau, ou seja, depois da decisão dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais. Portanto, eu passo a enfrentar, porque inevitável e previsível essa questão.

Os antecedentes dessa controvérsia na legislação vão lá atrás, como

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

lembrou o Ministro Alexandre de Moraes. Desde 1941, entende-se pacificamente que é possível. Aliás, na redação do art. 637 do Código de Processo Penal, o recurso extraordinário, aí entendidos o extraordinário e o especial, não tinham efeito suspensivo, como de resto não tem, até porque esse dispositivo 637 continua lá no Código de Processo Penal e nunca foi retirado, nem considerado não recepcionado e, menos ainda, foi revogado. Apenas a decisão do Supremo em 2009 modificou o seu sentido e alcance. Mas só para lembrar, portanto, que, de 1941 até 2009, praticou-se o entendimento de que era possível o cumprimento da pena depois da decisão de Segundo Grau.

Mais do que isso, o art. 594 do Código Penal impunha o recolhimento à prisão para apelar da decisão de Primeiro Grau. Portanto, por boa parte do período de vigência do Código Processo Penal e da própria Constituição de 1988, o réu tinha que se recolher preso para apelar da decisão de Primeiro Grau. Esse dispositivo veio a ser formalmente revogado em 2011 e, de fato, foi atenuado por decisões jurisprudenciais.

E, quando, em 2011, introduziu-se o art. 273 ao Código de Processo Penal, que, basicamente, a meu ver, reproduz a estrutura constitucional dessa matéria, quando veio ao Plenário, nas ADCs 43 e 44, essa questão, o Supremo claramente disse que o art. 283 do Código Processo Penal não impedia a execução provisória.

Portanto, salvo o curtíssimo período entre 2009 e 2016, sempre se entendeu que era possível a execução da decisão, sendo que, na maior parte do período, entendia-se que era possível a execução depois da decisão de Primeiro Grau e não apenas da decisão de Segundo Grau.

E, aí, no Supremo Tribunal Federal, nós temos esta oscilação jurisprudencial que ficou conhecida. De 1988 a 2009 - quer dizer, desde de 1941 -, mas sob Constituição de 88 até 2009, entendia-se pacificamente, com uma ou outra posição divergente neste Plenário, que era possível a execução.

Em 2009, vem a decisão do Ministro, da relatoria do Ministro Eros Grau, no HC 84.078, que, aí, passou a interpretar este dispositivo da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Constituição, o art. 5º, LVII, como sendo uma regra absoluta que vedaria, em qualquer circunstância, a execução provisória da pena. Este entendimento, fixado em 2009 pelo acórdão conduzido pelo Ministro Eros Grau, foi revisto também em *habeas corpus*, em 2016, por três vezes pelo Supremo Tribunal Federal, como observou o Ministro Alexandre de Moraes. Primeiro, no HC 126.292, da relatoria do queridíssimo e saudoso Ministro Teori Zavascki, que foi julgado em 17 de fevereiro de 2016; no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, julgadas em 5 de outubro de 2016; e, depois, em repercussão geral, também levada a Plenário Virtual pelo Ministro Teori Zavascki, em reafirmação de jurisprudência. Portanto, há uma repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal nessa matéria e uma negativa de cautelar em ação declaratória de constitucionalidade. De modo que não há nenhuma dúvida de qual seja o direito prevalecente, neste momento, nesta matéria, no Brasil, de novo a confirmar o acerto da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Na ocasião em que nós mudamos a jurisprudência, com meu apoio e minha participação intensa, eu sustentei a tese, que é a que me parece doutrinariamente correta, de que ocorreu uma mutação constitucional, que é a tese que eu penso, em boa teoria constitucional, justifica uma mudança de interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal.

As normas constitucionais, elas têm, em última análise, o sentido e o alcance que lhes dá o Supremo Tribunal Federal. Se o Supremo Tribunal Federal muda a sua interpretação, ele, em última análise, está mudando o sentido e o alcance daquela norma constitucional. Essa é a figura que, em doutrina, se denomina mutação constitucional. Quando é que se tem uma mutação constitucional? Quando: 1) houve uma mudança relevante na realidade social; 2) houve uma mudança na compreensão do Direito; 3) pelos impactos negativos que uma determinada interpretação tenha produzido no mundo real. E é muito fácil identificar pelo menos três impactos devastadoramente negativos que a interpretação do Supremo Tribunal Federal, a partir de 2009, com diversos votos vencidos, inclusive da Ministra-Presidente, produziu sobre a realidade fática.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

A começar, deu-se um poderoso incentivo à interposição infindável de recursos procrastinatórios; condenou-se a advocacia criminal ao papel, que, se o sistema permite, ela desempenha, de interpor recurso incabível atrás de recurso incabível para impedir a conclusão do processo e gerar artificialmente prescrições. Essa foi a primeira e devastadora consequência que faz um mal à advocacia! É um erro achar que o Direito Penal deve ter esse papel de fazer processo durar 5, 10, 15, 20, 30 anos. Em nenhum lugar do mundo é assim! E não deveria ser o papel da advocacia!

O segundo impacto extremamente negativo foi sobre a seletividade do sistema punitivo brasileiro, do sistema penal brasileiro, que tornou muitíssimo mais fácil prender um menino com 100 gramas de maconha do que prender um agente público ou um agente privado que desviou 10, 20, 50 milhões. Esta é a realidade do sistema penal brasileiro, ele é feito para prender menino pobre e não consegue prender essas pessoas que desviam, por corrupção e outros delitos, milhões de dinheiros, que matam as pessoas. O desvio mata as pessoas: gente que morre na fila da saúde, gente que não recebe educação, gente que morre na estrada que não sofreu a reforma, gente que anda enlatada em transportes públicos de má qualidade, tudo dinheiro desviado pela corrupção! E não se consegue pegar essas pessoas, e não vai se conseguir se nós mudarmos isso hoje.

Em terceiro lugar, a consequência negativa da decisão de 2009 é o descrédito do sistema de Justiça penal junto à sociedade pela demora quase perene nas punições e pelas frequentes prescrições, gerando não uma sensação de impunidade, é impunidade mesmo.

Essa história de que tem 750 mil presos, nós prendemos muito e prendemos mal. É um lugar comum, mas é absolutamente verdadeiro. Trinta por cento da população carcerária são presos não violentos, delitos associados a drogas, outros tantos presos por furto. Mais de 50% da população carcerária não está presa pelos dois crimes que afligem a sociedade brasileira, pelas duas mazelas que afligem a sociedade brasileira: violência e corrupção. Por violência, tem um tanto preso por roubo; um número bem menor preso por homicídio e uma quantidade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

presa por estupro. Por corrupção não tem nem estatística; dá menos de 1%; dá zero e alguma coisa. Nós não prendemos os verdadeiros bandidos no Brasil.

Portanto, três consequências devastadoras da decisão de 2009: incentivo à recorribilidade procrastinatória, aumento da seletividade do sistema e descrédito junto à população que, eu repito, não é sensação de impunidade, é impunidade de verdade que a gente vê a olhos vistos trafegando na rua. E, por essa razão, por esse conjunto de razões, é que este Tribunal Pleno mudou esse entendimento de efeitos devastadoramente negativos sobre a sociedade brasileira.

Pois bem, de 2016 para cá, não aconteceu nenhuma mudança relevante na realidade fática nem na compreensão do Direito. E, como o Ministro Alexandre de Moraes acaba de afirmar e havia sido objeto de um artigo doutrinário do professor Ivar Hartmann, da Fundação Getúlio Vargas, a decisão não produziu impacto mínimo sobre o sistema carcerário. Não houve aumento do índice de encarceramento por causa da nossa decisão, absolutamente nenhum. E, portanto, por que razão nós mudaríamos isso agora, se não houve mudança na realidade fática, se não houve mudança na compreensão do direito, se não houve impacto negativo na vida real? Mudar para quê? Pior: mudar para quem?

Os exemplos das disfunções do sistema são tantos que eu gostaria de lembrar alguns deles, sem citar o nome das partes.

Houve o caso célebre do jornalista que matou a namorada com um tiro pelas costas por motivo fútil, foi julgado e condenado pelo Tribunal do Júri e continuava livre 10 anos depois do julgamento. O pai da moça, o pai da vítima, devastado pela dor, deu a seguinte entrevista: "Um dia eu liguei pra casa dele" - do assassino - "e disse: você vai morrer igual a um frango, eu vou cortar o seu pescoço". E prossegue o pai da moça, da vítima: "Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar cinco mil reais a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados".

Um sistema penal que não funciona com o mínimo de efetividade desperta os instintos de se realizar justiça com as próprias mãos. Nós

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

regrediremos ao tempo da vingança privada.

Outro caso: ex-senador da República condenado pelo desvio de 169 milhões - 169 milhões! Basta pensar o que dá para fazer de bom na vida com essa quantidade de dinheiro. Os fatos ocorridos em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente foi cumprida em 2016, quando ele veio a ser preso, e durante todo esse período, já condenado, circulou livremente em carros de luxo, em restaurantes e dando gorjetas fartas. Um sistema judicial que não funciona faz as pessoas acreditarem que o crime compensa.

O caso do jogador de futebol. Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, embriagado, dirigindo o seu carro importado, provocou um acidente e a morte de três pessoas. Foi condenado, em outubro de 1999, a uma pena de quatro anos e meio de prisão. Homicídio culposo. Pena relativamente modesta pela morte de três pessoas. Seus advogados entraram com nada menos do que vinte e um recursos apenas no Superior Tribunal de Justiça e outros tantos no Supremo. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. O caso até voltou para mim e eu não concordei, e a questão aguarda pauta para Plenário. Mas as famílias das três vítimas podem assistir, sem grande dificuldade, pela televisão, o jogador fazendo os comentários nos jogos de futebol. Portanto, além da perda, tem que conviver com o sofrimento da mais absoluta impunidade.

Há casos bizarros, como o do suplente de deputado federal que matou a titular do cargo para ocupar a sua vaga. Veja, contratou pistoleiros os quais mataram a deputada, seu marido e duas outras vítimas. Episódio conhecido como "Chacina da Gruta". O crime aconteceu em 1998. O réu aguardou, em liberdade, pelo julgamento, que só ocorreu em 2012, treze anos depois dos fatos. Ele foi condenado a cento e três anos e quatro meses de reclusão. E aí se deu a prisão preventiva finalmente. Ele recorreu da decisão. O recurso especial se encontra pendente de julgamento até hoje no Superior Tribunal de Justiça. De modo que, se tivesse que esperar o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, um homicídio - coisa de facínora -, ocorrido em 1998, em 2018

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

ainda estaria aguardando julgamento do Superior Tribunal de Justiça. E aqui uma conclusão, e penso imprescindível, se tirar desse caso - e nós já resolvemos na Primeira Turma -, é o entendimento de que condenação pelo Tribunal do Júri tem execução imediata, porque o Júri é soberano. O Ministro Toffoli manifestou esse entendimento, eu decidi assim na Primeira Turma e o Ministro Alexandre também. Acho que esse é um entendimento que vem se consolidando por evidente. Um sujeito não pode matar alguém, ser condenado pelo Júri, e continuar morando na mesma casa e na mesma comunidade da vítima. É uma vergonha, uma afronta ao senso mínimo de justiça de qualquer pessoa. A justiça - creio - está para a alma como a alimentação está para o corpo, temos de ser capazes de saciar essa demanda. E não é com espírito punitivo, sou contra vingadores mascarados, punitivismos em geral, é preciso cumprir o devido processo legal e respeitar o direito de defesa. Mas é muito importante que se estabeleça isso no Brasil, porque palavras perderam o sentido: devido processo legal não é o que não acaba nunca e garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito. Portanto, é preciso restabelecer o sentido de devido processo legal e o sentido do que seja garantismo.

Depois, veio o caso da missionária Dorothy Stang. Missionária norte-americana morta aos setenta e três anos por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. Em 2005! O Júri se realizou em 2013, com muitas idas e vindas, dando-se aí a condenação em primeiro grau. E se não tivesse sido preso preventivamente, estaria solto até hoje. Portanto, um sistema de justiça criminal que não funciona desmoraliza o Brasil perante a comunidade internacional também.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro Luís **Roberto**, eu comungo de todas essas manifestações de Vossa Excelência e - inclusive Vossa Excelência fez referência a isto - entendo que, quando há decisão do Júri, por mandamento constitucional de soberania do júri, é um escárnio mesmo o cidadão condenado sair livre, porque a família da vítima, geralmente, está ali acompanhando o Estado fazer justiça em nome dela, para que não haja a realização de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

justiça pelas próprias mãos. Mas a questão do homicídio no Brasil vai muito além do Poder Judiciário, porque, veja bem, em 2016, foram sessenta mil casos de mortes violentas no Brasil - grande parte dessas mortes, mais de trinta mil, homicídios. Nem 8% são apurados! Nem 8%. Isso é culpa do Poder Judiciário? O Poder Judiciário não faz investigação. Veja a questão da Marielle, já vai para um mês. E os outros sessenta mil mortos?

O Brasil está entre os dez países mais violentos do mundo! Se pegarmos os últimos dez anos, isso chega a mais de meio milhão de homicídios. É mais do que a guerra no Iraque, é mais do que a guerra na Síria. Nós vivemos num país extremamente desigual, sim, como Vossa Excelência disse! Um país que não olha para os desvalidos, que não olha para suas favelas, um país que não olha para os seus pobres - que são as grandes vítimas desses homicídios, são as grandes vítimas!

Onde está a descoberta desses homicídios? Senhora Procuradora-Geral da República, onde está a resposta para se elucidarem as dezenas de milhares de homicídios que não têm sequer denúncia apresentada ao Poder Judiciário?

Vossa Excelência, de uma maneira bastante franca e declarada, está apontando equívocos, no âmbito do júri, do Poder Judiciário, mas não vão a júri nem 5% dos homicídios no Brasil, porque não há investigação e não há denúncia! E investigação e denúncia são da responsabilidade da polícia e do Ministério Público, e não dos juízes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu só queria, se Vossa Excelência, Ministro Barroso, me permitisse, afirmar que entendo a indignação, que é até de todo brasileiro, mas o que é grave para nós, a parte que nos cabe, é exatamente o que vem de dizer o eminente Relator ao afirmar que os que já chegaram ao Poder Judiciário não vão a júri no tempo devido ou, quando vão, não há o cumprimento da decisão, pior ainda porque, num dos exemplos citados pelo eminente Ministro Barroso, era réu confesso; confessou que matou a menina com um tiro por trás, foi a júri depois de muito tempo e saiu de lá ainda sem cumprir pena. É exatamente por isso que acho a referência importante,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

como Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A observação do Ministro Toffoli é totalmente pertinente e extremamente relevante. O número de homicídios no Brasil - eu até estudei isso como uma palestra ontem no Ilanud, que é o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente - é de 66 mil. O Brasil é o país de maior número de homicídios no mundo, não é um dos dez. Nesse momento, é mais do que a guerra da Síria. É impressionante! E, como observou o Ministro Dias Toffoli, são pobres, negros e, geralmente, trata-se de morte violenta por arma de fogo. É uma tragédia brasileira.

Acho que é preciso equacionar o problema da polícia com aparelhamento, com treinamento, dando dignidade, dando apoio. O Brasil ainda trata a atividade policial como se fosse uma atividade menor. O juiz é muito importante, o promotor é muito importante, a polícia... É um equívoco! Eu penso que tem que ter a mesma distinção e a mesma dignidade para que se possa cobrar da polícia, mas, neste momento, eu não estou propriamente tratando do problema da polícia. Eu estou enfrentando as mazelas do próprio Judiciário.

Uma delas nós decidimos na Primeira Turma há três semanas, o caso do Propinoduto do Rio de Janeiro. Um grupo de fiscais da Fazenda, liderados pelo subsecretário-adjunto, entre os anos de 99 e 2002, desviaram US$34.000.000,00 para contas na Suíça. Confirmando um pouco as dificuldades de investigação brasileiras, nós ficamos sabendo do desvio porque o banco, na Suíça, achou que tinha alguma coisa errada e mandou avisar as autoridades brasileiras. Na época, portanto, um dinheiro correspondente a R$100.000.000,00, desviados por um grupo de fiscais. Os fatos ocorreram entre 99 e 2002, a sentença condenatória de primeiro grau foi em 2003, célere como a vida deveria ser. O acórdão no segundo grau demorou um pouco mais e foi de 2007 - eram muitos réus -, mesmo assim, em 2007, houve a condenação. O recurso especial de um dos principais condenados só veio a ser definitivamente julgado após terceiros embargos, embargos de divergência incabíveis e embargos de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

declaração. Em 2016, portanto, nove anos depois da decisão de segundo grau, o Superior Tribunal de Justiça julgou a matéria e declarou prescritos, por evidente, quase todos os crimes: evasão de divisas, prestação de declaração falsa a autoridade fazendária e associação criminosa. Só sobrou lavagem de dinheiro e aí o Superior Tribunal de Justiça mandou executar prontamente. Houve uma cautelar, já no Supremo, suspendendo a execução e a Segunda Turma restabeleceu a execução. Mas, vejam, fatos ocorridos entre 99 e 2002, nós julgamos em 2018. Na decisão do STJ ainda vai transcorrer o recurso extraordinário. Ou seja, quem sustenta que tem que esperar o trânsito em julgado tem que ter em mente que um crime ocorrido entre 99 e 2002, em 2018 ainda não vai ter sido julgado.

E um último exemplo que estava no jornal ontem e é precisamente o caso que marcou a virada jurisprudencial do Supremo. O jornal O Globo de ontem, em matéria da jornalista Cleide Carvalho, expôs a história do fazendeiro que foi o pivô da virada da jurisprudência em 2009. Em 1991, numa feira agropecuária, por ciúme, por motivo fútil, deu cinco tiros em um jovem de 25 anos. Foi julgado pela primeira vez pelo Tribunal de Júri e foi anulado. Em março de 2001, dez anos depois do fato, ele foi condenado à pena de sete anos e seis meses, por ter dado cinco tiros em um jovem. Deixando de lado a pena risível para um homicídio, o fato é que o Tribunal de Justiça determinou o cumprimento da pena, mas aí houve recurso para o STJ. A partir daí, como é rotina para quem tem dinheiro para pagar advogado e impedir a realização da justiça, ele recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e, sucessivamente, o processo passou por três Ministros, até que a Ministra Maria Thereza Assis Moura - excelente Ministra Maria Thereza Assis Moura - finalmente rejeitou o recurso especial. Houve embargos de declaração e outros embargos de declaração e depois embargos de divergência. E se for um advogado - já vivi do outro lado -, se você consegue impor embargos de divergência contra a Turma e contra a sessão, você consegue que trafegue toda a vida. É triste, mas é verdade. O que que aconteceu? Em outubro de 2012, deu-se a extinção da punibilidade pela prescrição. No STJ! Se esperasse pelo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Supremo, mais uns cinco ou seis anos, barbada. Portanto, Presidente, eu respeito todos os pontos de vista, porque acho que todas as pessoas merecem respeito e consideração. Agora, este não é o país que eu gostaria de deixar para os meus filhos: um paraíso de homicidas, estupradores, corruptos. Eu me recuso a participar, sem reagir, de um sistema de justiça que não funciona. E quando funciona é para prender menino pobre, geralmente primário e de bons antecedentes.

Sob este novo regime que nós implantamos em 2016, só na Operação Lava Jato foram setenta e sete decisões já confirmadas em Segundo Grau - ou confirmadas ou revistas sem absolvição, porque muitas vezes elevam as penas -, setenta e sete condenações por corrupção e por lavagem em uma única vara, onde as coisas andam, e o número de condenações é superior a uma centena. Estou falando das que foram mantidas em Segundo Grau.

Presidente, se nós voltarmos atrás, essas transformações que nós finalmente estamos conseguindo no Brasil - com atraso, mas não tarde demais - vão regredir e o crime vai voltar a compensar. Porque, sem o risco da prisão em Segundo Grau, acabaram-se os incentivos para a colaboração premiada, que foi decisiva para o desbaratamento desta corrupção sistêmica que existe no Brasil, porque a corrupção, sobretudo quando envolve a lavagem de dinheiro, ou ela tem ajuda de alguém que conhece o esquema de dentro, ou você não consegue desvendar.

Portanto, acabar com o estímulo à colaboração premiada é dar um incentivo à corrupção, é voltar a ser como sempre fora: vai ser a renovação do pacto oligárquico de saque ao Estado brasileiro, que foi celebrado entre parte da classe política, parte da classe empresarial e parte da burocracia estatal. Não foram pequenas falhas individuais. Eram esquemas de profissionais de arrecadação e distribuição por anos, não é fenômeno de um governo, nem de uma pessoa - e a última coisa que me ocorre é fulanizar. É que nós criamos um modo de fazer política e de fazer negócio no Brasil baseado nessa impunidade.

Como o esquema funciona? Funciona assim: o agente político relevante nomeia o dirigente de empresa estatal ou Ministro de Estado,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

com metas de desvio de dinheiro; o dirigente frauda a licitação para contratar a empresa que vai participar do esquema; a empresa superfatura o contrato administrativo para gerar o excedente de caixa; e aí então o dinheiro é distribuído para o agente político e os seus correligionários.

Esse não foi um esquema que se desvendou, um esquema isolado. Esse passou a ser um modo normal de se fazer política e de se fazerem negócios no Brasil. Não há um contrato administrativo relevante que não tenha alguma coisa desse gênero. E quando e não é isso, é propina para o financiamento da Caixa ou do BNDS, ou propina para colocar dispositivo em medida provisória, ou CPI para achacar as pessoas.

Nós criamos um país de ricos delinquentes pela incapacidade do Direito Penal de acolher qualquer pessoa que ganha mais do que cinco salários mínimos. E este quadro só começou a se alterar pela mudança de atitude na sociedade, na imprensa, nas redes sociais, nas instituições e na própria jurisprudência do Supremo, com esta mudança que nós fizemos em 2016. Vamos voltar a ser muito parecidos com o que éramos antes, um País feio e desonesto que dá os incentivos errados e extrai o pior das pessoas.

As teses jurídicas para a manutenção do entendimento que me parece insuperável do Supremo Tribunal Federal, a meu ver, são as seguintes: a primeira - portanto, eu no meu capítulo estava justificando a mutação constitucional, por que era imperativo mudar, e agora os fundamentos jurídicos dessa mudança -, a ordem constitucional brasileira não exige o trânsito em julgado para a decretação de prisão, não exige e nunca exigiu.

O que se exige é ordem escrita da autoridade competente. Portanto, veja-se o que diz o art. 5º, inc. LXVII da Constituição:

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

E diz o inciso LXI:

"LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)"

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Portanto, um diz que "ninguém será considerado culpado", e o outro diz "ninguém será preso". Logo, o pressuposto para a decretação da prisão do sistema constitucional brasileiro não é o esgotamento dos recursos com o trânsito em julgado; o pressuposto é a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. O que a Constituição diz é que prisão é uma matéria de reserva de jurisdição. Só o Poder Judiciário, salvo exceções especialíssimas, é que pode decretar a prisão. Tanto é assim que o sistema admite as prisões processuais sem trânsito em julgado, aliás, sem julgamento nenhum. Pode-se prender antes do julgamento de primeiro grau. Tem prisão cautelar e tem prisão preventiva. E tem prisão para fins de extradição, prisão para fins de deportação. Nenhuma delas exige trânsito em julgado. Nenhuma delas exige sequer decisão condenatória de primeiro grau.

Aliás, porque o sistema é ruim, como eu estou descrevendo, é que se verifica essa distorção apontada pelo Ministro Alexandre de Moraes, de que 41% dos presos são presos provisórios. Porque o sistema é muito ruim, os processos não chegam ao fim, e, portanto, os juízes acabam optando pela prisão provisória como única forma de realizar alguma medida de justiça, o que é uma distorção, porém é o que acontece.

Aliás - e o Ministro Alexandre de Moraes observou isso e já tem observado de outras vezes -, não usem os pobres. Os pobres são presos antes da decisão de primeiro grau. Os pobres são presos em flagrante e lá permanecem até a condenação final. Não é de pobres que nós estamos falando aqui, porque, se fosse de pobres, a mudança da jurisprudência teria aumentado o índice de encarceramento. Tem gente que muda de calçada quando vê um pobre, mas depois diz: "Olha, os pobres..." Não são os pobres que estão em questão aqui. Não é disso que se trata. Os pobres são presos em flagrante com 100g de maconha ou algumas pedras de *crack* e ficam lá mofando, sem ninguém para se preocupar muito com eles.

Portanto, com todas as vênias de quem pensa diferente, eu considero uma leitura equivocada da Constituição interpretar essas normas como significando que somente se pode prender alguém depois do trânsito em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

julgado. Nenhuma interpretação jurídica que leve ao absurdo pode ser uma interpretação jurídica legítima e sustentável. Prefiro outra: interpretar de uma forma que conduza ao que é justo, correto e legítimo.

E nenhuma declaração de direitos humanos no mundo - nenhuma - exige o trânsito em julgado para a prisão. Eu fiz o levantamento, está no meu voto. A Declaração Universal dos Direitos Humanos não fala em trânsito em julgado. A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não fala em trânsito em julgado. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não fala em trânsito em julgado. A Carta Africana de Direitos do Homem, idem. A Declaração Islâmica dos Direitos Humanos não o exige. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos não o exige. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que é o Pacto de San José da Costa Rica, não o exige. Como disse o Ministro Alexandre, e eu estou de acordo, a "jabuticaba" seria o contrário, evidentemente.

Interessante é que esta posição foi sustentada pela Ministra Ellen Grace quando do julgamento, em 2009, em que ela disse que nenhum país civilizado do mundo exige o trânsito em julgado. O Ministro Teori Zavascki repetiu isso no julgamento de 2016. Eu repeti. E o Ministro Gilmar Mendes repetiu. Nenhum é exagero. Praticamente, nenhum país civilizado do mundo adota este critério, e os poucos que adotam não deixam o processo levar 5, 10, 15 anos. Processo tem que levar 6 meses, um ano, um ano e meio se for muito complexo. Nós nos acostumamos com o patamar absurdo de normalidade, com esta sucessão de recursos procrastinatórios que fazem com o sistema oscile entre o absurdo e o ridículo.

O sistema processual penal brasileiro produz cenas de terceiro-mundismo explícito, são indecorosas; e nós precisamos enfrentar isso com a coragem e com a capacidade de interpretar o que faz um país melhor. De novo, não estamos julgando aqui e eu não estou falando sobre caso concreto, se é justo ou injusto, se a condenação foi procedente ou improcedente. Não é isso que está sendo discutido. Estamos discutindo, como proposto no *habeas corpus* - e só poderia ser assim - a discussão de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

uma tese jurídica. E a tese jurídica é esta que estou expondo. Portanto, primeira tese jurídica que confirma nossa decisão: a Constituição não exige, e nenhuma Declaração de Direitos Humanos exige. Em segundo lugar, a presunção de inocência sempre foi tratada - e é - um princípio, e não uma regra absoluta.

Há dois tipos de normas: regras e princípios. A regra define uma determinada uma conduta e, portanto, ou você segue a conduta e cumpre a norma, ou você não segue a conduta e descumpre a norma. Portanto, se diz em jargão jurídico são comandos definitivos, "ou tudo, ou nada". Ou a norma foi cumprida, ou a norma foi violada. Nesse sentido, regra diz "não roubarás", se roubar, violou a regra.

Princípio é diferente. Princípio prevê um estado ideal, um bem jurídico ideal a ser alcançado, como justiça, como devido processo legal, como eficiência, como dignidade da pessoa humana; não é a descrição de uma conduta. E, portanto, em sistema jurídico, em sistema constitucional, convivem diversos princípios e diversos valores. A liberdade é um princípio; a presunção de não culpabilidade é um princípio; existem inúmeros princípios.

A característica própria dos princípios é que, como existem diversos princípios e eles vivem em tensão entre eles, você não os não aplica na modalidade "tudo ou nada". Ou você procura harmonizá-los quando possível, mediante concordância prática; ou você tem que ponderar os princípios, fazendo concessões recíprocas entre eles e, eventualmente, escolhas. Ponderar significa pegar normas que protegem valores diferentes e atribuir pesos a essas normas em função da realidade fática.

Quais são os princípios que estão em jogo na nossa discussão aqui? De um lado, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, que é muito importante e está lá na Constituição. De outro lado, está um outro valor constitucional que é a efetividade mínima do sistema penal. Porque a efetividade mínima do sistema penal abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção de direitos fundamentais, a proteção do patrimônio público, a proteção do patrimônio privado, a probidade administrativa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Portanto, quando você tem um sistema punitivo, não é a ideia de punição que você pondera com a presunção de inocência. É um conjunto de valores imprescindíveis para a vida civilizada que você protege tendo um sistema punitivo. Todas as sociedades democráticas e civilizadas têm um sistema punitivo. É para fazer o mal? Não, é para fazer o bem. É para proteger os direitos fundamentais, é para proteger a próxima vítima, o patrimônio público, a probidade administrativa. Portanto, no momento em que você cria um clima de absoluta impunidade, o que você está sacrificando é a vida, a integridade física das pessoas, o patrimônio público, a probidade administrativa. Portanto, não é punitivismo *versus* presunção de inocência, são muitos direitos e valores *versus* presunção de inocência.

E como é que funciona a ponderação, no caso do princípio da presunção da não culpabilidade? Quando começa a investigação, a meu ver, o princípio da presunção de não culpabilidade tem um peso elevadíssimo, porque é o Estado que tem que provar que houve alguma coisa errada e que houve um crime; depois, quando vem a denúncia, aí já reduz, em alguma medida, o peso da presunção de inocência; quando vem a condenação em primeiro grau, diminui um pouco mais, aliás já diminuiu bastante; quando vem a condenação em segundo grau, o princípio da presunção de inocência perde peso e prevalecem os outros valores que devem prevalecer. Depois da condenação em segundo grau, já não é mais possível discutir nem a autoria nem a materialidade, logo, se alguém foi condenado em segundo grau, é porque o Estado estabeleceu uma certeza jurídica de que o fato ocorreu e de que aquela pessoa é a autora do fato. O que se vai discutir no Superior Tribunal de Justiça são questões de legalidade e o que se vai discutir no Supremo são questões de constitucionalidade, mas os fatos e as provas já não estão mais em questão. Portanto, a partir desse momento, a presunção de não culpabilidade perde para o interesse do sistema de justiça, para a proteção de todos esses valores.

A ponderação é feita com o auxílio do princípio da proporcionalidade, que alguns preferem chamar a máxima da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

proporcionalidade. Para tornar uma longa história curta, em matéria penal, proporcionalidade significa proibição do excesso e vedação da proteção deficiente. Pois aqui, depois do segundo grau, o princípio da presunção de inocência cede o passo para o interesse do sistema de justiça, porque um sistema em que os processos se eternizam, gerando longa demora até a punição adequada, prescrição e impunidade, constitui evidente proteção deficiente daqueles valores de direitos fundamentais, probidade administrativa e patrimônio público. Eu repito: um sistema penal desmoralizado não serve a ninguém, não serve à sociedade, não serve ao Poder Judiciário e não serve para a advocacia.

Por fim, o terceiro argumento jurídico, que me parece insuperável. Mesmo para quem ache que o princípio da presunção de inocência impede, do ponto de vista constitucional, a execução depois do segundo grau, penso que a prisão se impõe porque - e esse é o terceiro fundamento -, depois da condenação em segundo grau, já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade, e a execução da pena se torna uma exigência de ordem pública, para a preservação da credibilidade do Poder Judiciário. Alguém condenado em segundo grau por roubo, ou por estelionato, ou - como se considera que, no Brasil, não são crimes violentos - corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, lavagem, fraude em licitação, nada disso é crime violento, é esse o povo que se quer colocar na rua, para deixar o lugar ocupado pelos meninos da maconha. Esses crimes são considerados não violentos que não justificam a prisão preventiva, e aí o sujeito que roubou 100 milhões frequenta os mesmos restaurantes de gente que passou o dia trabalhando. Se alguém acha que não viola um sentimento mínimo de justiça uma situação como essa, as pessoas podem ter, evidentemente, noções diferentes do que seja Justiça.

Portanto um dos fundamentos para a prisão preventiva previsto no artigo 312 é a garantia da ordem pública. E eu considero que a credibilidade da Justiça integra o conceito de ordem pública que deve ser adotado. A demora na aplicação indefinida de sanções proporcionais abala o sentimento de justiça da sociedade e compromete a respeitabilidade das instituições judiciais.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Punir alguém cinco, dez, quinze, vinte anos depois do fato, talvez seja até injusto! Vinte anos depois, a pessoa já é outra, já mudou seus valores! O sistema é totalmente absurdo. O sistema penal brasileiro frustra o principal papel do Direito Penal, que é o de prevenção geral, é as pessoas não delinquirem pelo temor de que lhes aconteça alguma coisa negativa. Este papel o Direito Penal não desempenha no Brasil. Essas pessoas não têm medo de nada, tanto que, três anos depois da Operação Lava Jato, continuam atuando da mesma forma, da mesma forma! Nesta reação imensa, nessa operação abafa que existe no Brasil, em há dois lotes: os que não querem ser punidos; mas há o lote pior dos que não querem ficar honestos nem daqui para frente! E, portanto, apesar das mudanças, apesar da sociedade brasileira mobilizada, essas pessoas ainda não se deram conta de que a gente precisa de um outro país, e que a gente está vivendo um momento de refundação, e que nós vamos frustrar a sociedade brasileira se nós dissermos que o modelo antigo é que bom.

Ninguém interpreta a Constituição e muito menos o Direito Penal para atender clamor público. Nisso estamos todos de acordo. Mas uma interpretação que produz consequências absurdas e frustra sentimentos mínimos de justiça da sociedade não pode ser a interpretação adequada do texto constitucional.

E aqui chego, Presidente, ao último tópico do meu voto e peço desculpas por ter me alongado, mas eu considero que este é um momento dramático do Supremo Tribunal Federal e do país. Eu acredito que a história é uma marcha contínua na direção do bem e nem sempre é linear, mas esse é um passo atrás muito largo que nós vamos dar, muito frustrante, duro mesmo, para mim e para a sociedade de uma maneira geral.

Meu último capítulo chama-se: "O direito e a justiça baseados em evidências".

Há dois movimentos importantes que ocorreram no mundo nas últimas décadas. Primeiro, foi o que se chama giro democrático constitucional, ao qual nós aderimos com a Constituição de 1988, que é limitação do poder, centralidade dos direitos fundamentais e uma certa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

ascensão institucional das Cortes constitucionais. O fenômeno foi em todo mundo; e acho que, com alguns sobressaltos, até aqui ajudou-nos o Senhor, e temos 30 anos de estabilidade institucional e acho que não há riscos para isso.

Mas há um giro que nós ainda não conseguimos efetuar inteiramente por ideias antigas e arraigadas, que é um giro empírico-pragmático. É uma característica brasileira, latina - portugueses já se livraram dela - que é um mundo de retórica vazia, alheio aos fatos, alheio ao que acontece no mundo real. Portanto, o empirismo significa a valorização da experiência dos fatos, a verificação do que acontece no mundo real; e o pragmatismo - por isso a virada empírico-pragmática - consiste em verificar que tipo de resultado uma decisão ou uma política pública produz sobre a realidade, produz no mundo real, se ela é capaz de satisfazer adequadamente as demandas existentes.

A pesquisa empírica é a grande novidade do Direito contemporâneo, com ajuda valiosa - e a nossa Presidente atuou intensamente nesse sentido - do Conselho Nacional de Justiça produzindo números - e anteriormente o Ministro Lewandowski. E, portanto, agora a gente já sabe se o congestionamento está em primeiro grau, se o congestionamento está na execução fiscal; e você pode pensar soluções com base em dados. Sem dados, você decide no escuro, o país não tem controle de políticas públicas, não tem controle de desempenho, não tem controle de resultado.

Quando eu assumi a relatoria da questão do indulto, eu perguntei: "Quantas pessoas são beneficiadas?" Ninguém sabia me responder. "Não, mas o indulto é para descomprimir o sistema penitenciário." "Está bem, quantas pessoas?".

Não tem estatística, não tem pesquisa empírica, não tem informação. Portanto, para homenagear meu querido e saudoso mestre José Carlos Barbosa Moreira, recentemente falecido, que dizia que, no Brasil, as pessoas acham sem ter procurado. E, portanto, a gente opera sem informação, sem estatística e sem números.

Eu, portanto, tomei o cuidado de trazer alguns números.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo, entre 1º de janeiro de 2009 até meados de 2016, haviam sido apresentados vinte e cinco mil setecentos e sete recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, foram acolhidos 2,93%. Já é um número bem baixo, mas há uma informação mais interessante. A maior parte dos 2,93% acolhidos foram recursos da acusação para agravar a situação do réu, e não para melhorá-la. A estatística favorável aos réus é de 1,12%. Portanto, no Supremo Tribunal Federal, os recursos extraordinários, decididos em favor do réu, são no percentual de 1,12%.

Quando se vai a examinar o percentual de absolvições dessas decisões em favor do réu, elas são de zero 0,035%. Vale dizer, naquele período, em mais de vinte e cinco mil recursos extraordinários, houve somente nove casos de absolvição. E, de lá para cá, dessa pesquisa para cá, embora eu tenha feito de uma maneira artesanal, houve mais quatro. Uma ou duas do Ministro Dias Toffoli; uma do Ministro Ricardo Lewandowski e uma Ministro Gilmar Mendes. Os outros casos de provimento eram casos que não envolviam a absolvição.

Então, veja-se, aguardar o trânsito em julgado de recursos extraordinários produz o impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. De modo que subordinar todo o sistema de Justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade.

Eu bem entendo, e há colegas eminentes e muito queridos que pensam assim, há quem entenda que bastaria um único caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em julgado. Mas, por essa lógica, nós deveríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços há uma margem mínima de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil e quase todas as atividades produtivas. Viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.

Portanto, esses são os índices no Supremo Tribunal Federal.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Agora, eu vou chegar aos índices do Superior Tribunal de Justiça. Eu vou chegar os *habeas corpus* também, Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Roberto Barroso**?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Permita-me, até porque Vossa Excelência citou dois casos que provi em RE.

Na semana passada, eu dei provimento a um recurso extraordinário que não foi muito divulgado, mas que reputo de extrema importância - até por aquilo que Vossa Excelência mencionou a respeito do tribunal do júri -, que foi o caso do promotor Thales Schoedl. A ele foi imputada a prática de um homicídio no litoral de São Paulo. Ele foi julgado e absolvido, por legítima defesa, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ele foi julgado lá por ser promotor, mas ele não tinha o vitaliciamento. Como ele não era vitaliciado, eu decidi por anular o acórdão absolutório e encaminhar o caso para o júri popular, porque ele não tinha foro, na medida em que não era vitalício.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nem bem foi uma absolvição, não é?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E, veja, eu imagino que não seja da lavra da eminente Procuradora-Geral, Raquel Dodge, mas o parecer que consta da Procuradoria-Geral da República - o recurso é do Ministério Público do Estado de São Paulo - foi pelo não provimento. Foi pela negativa de provimento o parecer do Ministério Público Federal constante dos autos. Dei o provimento ao recurso, e, com o recurso extraordinário provido, a matéria penal vai a Júri.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Muito obrigado!

Quanto aos recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça, segundo pesquisa desenvolvida pela Coordenadoria de Gestão de Informação do STJ, sob a coordenação do digníssimo Ministro Rogério

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

Schietti, os números em relação aos recursos especiais do Superior Tribunal de Justiça também infirmam a necessidade da mudança da jurisprudência.

A pesquisa realizada pelo Ministro Schietti, a meu pedido, com a equipe técnica do STJ, pesquisou, entre 1º de setembro de 2015 e 31 de agosto de 2017 - portanto, dois anos -, todas as decisões das duas Turmas criminais do Tribunal. Pesquisaram-se 68.944 decisões proferidas em recurso especial ou em agravo em recurso especial. Pois bem, o percentual de absolvição, em todos esses processos, foi de 0,62%. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos. Portanto, eu acho legítimo somar uma com a outra: 1,02% mais 0,62%. Os outros percentuais envolvem dosimetria, eventualmente, progressão e mudança de regime. Dessa forma, nos recursos especiais e agravos em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, a soma dos percentuais de absolvição e mudança de regime de prisão para substituição de direitos é de 1,64%, revelando o baixo impacto das decisões em recurso especial do Superior Tribunal de Justiça sobre os réus.

Diante desses dados, pedindo todas as vênias a quem pensa diferente, com todo respeito - e carinho mesmo -, é ilógico, a meu ver, moldar o sistema em função da exceção e não da regra. Porque eu considero que 1,64% é exceção e não regra.

Aqui há ressalva muito importante: Eu bem sei que, em *habeas corpus*, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, o percentual de reforma é muito superior a esse que eu estou descrevendo aqui.

Aliás, eu queria fazer uma defesa objetiva do Superior Tribunal de Justiça: Há muitos *habeas corpus* concedidos no STJ. É que só chegam aqui os HCs quando ele não os concedeu. Portanto, 100% dos que chegam aqui não foram concedidos, porque os que o foram "morreram" lá. Dessa forma, não dá para fazer estatística de *habeas corpus* no STJ olhando que 100% no Supremo não foram concedidos, por evidente.

Mas, eu repito, em *habeas corpus* o percentual de reforma é mais

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

relevante. Entretanto, eu considero que esse é um argumento a favor de se manter a jurisprudência do Supremo. Porque existe uma "válvula de escape", pois os *habeas corpus* não estão sendo restringidos. E, portanto, se houver algum erro que salte aos olhos, em *habeas corpus*, eles podem ser solucionados. Dessa forma, justamente porque há *habeas corpus*, não há sentido em se exigir o trânsito em julgado ou o julgamento do Superior Tribunal, até porque o *habeas corpus* é muito mais rápido, a menos, e evidentemente não é essa a motivação aqui, a menos que se esteja apostando na procrastinação. Portanto, faz muito mais sentido decidir dia essa questão por *habeas corpus* do que esperando o recurso especial ou esperando, o que eu acho que seria pior ainda, o recurso extraordinário.

Por fim, Presidente, sobre as prescrições que acontecem nesse sistema. O STJ informa que, nesses dois anos pesquisados, 830 ações penais, ou pretensões punitivas, prescreveram. E, no Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, prescreveram 116 casos. Portanto, nos últimos dois anos, o sistema penal, que movimentou Justiça de Primeiro Grau, Justiça de Segundo Grau, STJ e Supremo, deixou prescrever 1000 processos. É mais do que a Suprema Corte americana julgou nos últimos 10 anos. E nós deixamos prescrever. O sistema funciona muito mal.

Dessa forma, Presidente, eu, por todas essas razões, entendo que nós devamos manter a virada jurisprudencial de 2016. Eu não acho defensável, nem juridicamente, nem empírica e pragmaticamente, a mudança de jurisprudência, mesmo para esta solução conciliatória, que, com descortínio e boa-fé, o Ministro Dias Toffoli propõe.

Mas aqui eu gostaria de apresentar um último elemento estatístico que considero muito relevante, também de pesquisa conduzida pelo Ministro Schietti no Superior Tribunal de Justiça. Eu não acho que essa solução seja boa, eu sou contra ela, gostaria de dizer, sou a favor de manter a jurisprudência, mas, se prevalecer o entendimento de que deva ser a manifestação do Superior Tribunal de Justiça - repito, sou contra -, se se entender isso, se for o caso de alterar jurisprudência para essa posição intermediária, eu gostaria de trazer a seguinte informação, que considero muito relevante. Pesquisa solicitada também por mim produziu o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

seguinte resultado: a primeira decisão terminativa proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, portanto, a minha proposta é, se passar, que seja STJ, que seja a primeira decisão terminativa do STJ, porque essa se consegue produzir em prazo razoável. O que é muito ruim é que, depois dessa, aí, vem o agravo regimental, depois vêm os embargos de declaração, depois vêm os embargos de divergência, depois vêm os embargos de declaração nos embargos de divergência, que não foram conhecidos, e assim vai. Portanto, a minha proposta é, se passar, que seja Superior Tribunal de Justiça, que seja a primeira decisão terminativa do Superior Tribunal de Justiça. Porque, aí, vejam as estatísticas: a primeira decisão terminativa - decisão terminativa, decisão de que extinguiu o processo - em recursos especiais, no STJ, leva 202 dias, isto é, cerca de 7 meses - em recursos especiais, 7 meses -; em agravos em recursos especiais, a primeira decisão leva 153 dias; portanto, pouco mais de 5 meses. De modo que, embora eu acho que seja muito ruim, seria um atraso suportável. Mas agora vem a informação que eu considero decisiva para esse argumento, que é a seguinte: o percentual de provimento de agravo contra essa primeira decisão é irrisório. Em relação aos recursos especiais, em 30.082 decisões, a porcentagem de reforma foi 0,31% em recursos especiais; e, em agravos, em 52.327 decisões, a porcentagem de reforma foi de 0,21%. Ou seja, a primeira decisão terminativa do STJ prevalece em mais de 99% dos casos, em bem mais, 99,5% dos casos. Portanto, esta fórmula, se prevalecer aqui em plenário a tese sugerida pelo Ministro Dias Toffoli de que seja o Superior Tribunal de Justiça, com a qual eu não estou de acordo, eu acho, no entanto, que se a intenção não é procrastinatória - e evidentemente não é - e se nós podemos demonstrar empiricamente que 99,5% dos recursos contra a primeira decisão do STJ são mantidos, tem que ser a primeira decisão do STJ, ou então nós estaremos moldando todo o sistema em função de 0,31% dos casos, o que não há lógica nem racionalidade que possa sustentar.

Portanto, Presidente, por essas razões jurídicas, por essas razões empíricas, por essas razões pragmáticas e por que o país precisa de uma interpretação constitucional que ajude a superar este passado de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

impunidade e de incentivos errados para o mal, eu voto pela manutenção da jurisprudência.

E eu repito: nós estamos discutindo isso em *habeas corpus*, portanto, o meu voto discute a tese jurídica. Eu não li a decisão de primeiro grau, nesse caso concreto; eu não li a decisão de segundo grau; eu só li a decisão do Superior Tribunal de Justiça apontada como ato coator. Portanto, nada do que eu disse confirma ou infirma a decisão de mérito. Eu apenas acho, no entanto, que, se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que a pena pode ser cumprida depois da decisão de segundo grau, esta é uma decisão que republicanamente deve valer para todos. Assim é numa República, assim é no reto caminho; não se desvia nem de um, nem de outro, nem de um terceiro.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130105.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhora Presidente, eminentes pares, Senhora Procuradora Geral da República, Senhores advogados, senhoras e senhores, recebam todos os meus cumprimentos.

Ouvindo os belos e profundos votos proferidos, ocorre-me uma observação que faço para fins de registro: V. Exa. está me concedendo a palavra em quinto lugar, quatro votos foram proferidos até agora, estando o placar em três votos pela denegação da ordem e um voto pela concessão.

Um cumprimento especial aos colegas que me antecederam, em especial ao eminente relator, a quem renovo minhas homenagens.

Retomo meu voto, o voto que pretendia proferir na íntegra na assentada no dia 22 de março último. E o retomo com a pergunta que formulei ao iniciá-lo, na convicção de que a resposta definiria o voto a ser por mim proferido. Perguntava eu então:

AFINAL, O QUE ESTÁ EM MESA PARA SER APRECIADO POR ESTE PLENÁRIO?

Rememorei naquela assentada tratar-se de habeas corpus preventivo, impetrado inicialmente contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça INDEFERITÓRIA de LIMINAR em *habeas corpus* em trâmite naquela Corte, *habeas corpus* este que viera de receber **um aditamento provocado** por fato superveniente, consistente no **julgamento do mérito da impetração** pela Quinta Turma do STJ no sentido da denegação da ordem.

Explicitei, na sequência, que em face do aditamento recebido pelo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

eminente Relator, Min Fachin - em que atacado, repito, acórdão do STJ-, eu reputava superado o óbice da Súmula 691 e afastava a causa de extinção do feito sem resolução do mérito representada pela alteração do título prisional, que em principio conduziria, pela jurisprudência da 1ª Turma, à declaração do prejuízo da impetração. E isso - fundamentei então -, por não privilegiar a forma pela forma, vale dizer, por não considerá-la um fim em si mesma, reverenciando-a, isto sim, como relevante fator de segurança jurídica, nessa medida essencial ao sistema de justiça.

Invoquei, ao final, o princípio da colegialidade, para conhecer do *habeas corpus* veiculado no aditamento, após identificar diversos julgados em que *habeas corpus* em situação idêntica, ou similar, foram conhecidos por este Plenário, um deles, inclusive, com um único voto contrário, o meu.

Peço licença para acrescer hoje, *a vol d´oiseau*, e apenas para não deixar passar em branco, minha compreensão quanto ao exercício do poder geral de cautela do juiz para assegurar o resultado útil do processo, sempre que presentes a plausibilidade do direito pleiteado - o dito *fumus boni juris*, a fumaça do bom direito - e o *periculum in mora*, o perigo da demora, em especial diante de obstáculos acaso gerados pelo próprio Poder Judiciário à pronta solução dos feitos. E o faço, ilustrando **o caráter da jurisdição cautelar,** reportando-me a duas decisões da minha lavra em processos submetidos a este Plenário:

1) Assim, **na ADI 4874,** proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, em que discutida, em sede de controle abstrato, a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.782/1999, bem como da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 14/2012, relativa à restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, **deferi**, na condição de relatora, tendo em conta aspectos invocados pela parte autora e requerimentos deduzidos pelos *amici curiae*, forte no **poder geral de cautela** (à época os arts. 798 do CPC/1973 e 21, IV e V, do RISTF) e **a fim de assegurar tratamento isonômico a todos os potencialmente afetados pelos atos**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

normativos impugnados, a medida liminar requerida para suspender a eficácia de dispositivos impugnados **até sua apreciação pelo Plenário da Casa.**

E o fiz, na ocasião**, apesar do meu entendimento pessoal contrário à pretensão veiculada na ADI,** consoante finalmente vim a expor no julgamento de seu mérito, para – repito – **assegurar a aplicação isonômica do Direito**, diante do conjunto de circunstâncias lá explicitadas, em que destaco a notícia da **suspensão dos efeitos** daqueles dispositivos por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao confirmar a antecipação dos efeitos da tutela deferida em primeiro grau, inclusive com o indeferimento de pedido de suspensão de liminar manejado perante a Presidência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a abrangência da decisão da Corte Federal **não alcançava a integralidade do setor econômico** virtualmente afetado pela Resolução impugnada.

Ainda que contrária à minha compreensão pessoal, repito, entendi presente o requisito da chamada **fumaça do bom direito diante da fundada controvérsia quanto ao tema de fundo**, do ponto de vista da sua constitucionalidade. E tanto assim era que, ao recentemente ser apreciado o seu mérito neste Plenário, ocorreu empate na votação (5x5, impedido um Ministro);

2) em 29.11.2017, este Plenário, por maioria, julgou **improcedentes** as **ADIs 3406 e 3470**, nas quais pretendida a declaração de inconstitucionalidade de lei fluminense - a Lei nº 3.579/2001 -, pela qual se proibira, no território do Estado do Rio de Janeiro, a extração, a produção, a comercialização e a utilização de amianto e de produtos que o contivessem. Na oportunidade, esta Suprema Corte, não obstante o **juízo de improcedência**, deliberou no sentido de declarar **incidentalmente**, com efeito vinculante e *erga omnes*, **a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995,** a disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do asbesto/amianto no **âmbito federal.** Ao final, suscitada da tribuna a modulação dos efeitos **dessa**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

declaração de inconstitucionalidade incidental – e não da lei fluminense objeto do pedido de deduzido na ADI –, proclamou-se o entendimento de que deveria ser veiculado o pedido mediante a oposição de embargos declaratórios.

Nessas circunstâncias, foi-me endereçado, como relatora, pedido de tutela de urgência, em face do risco de prejuízo grave e irreparável que poderia vir a tornar inócuo, pela demora, eventual acolhimento do pedido de modulação dos efeitos quando examinados os vindouros embargos de declaratórios, cujo manejo estava a depender da publicação do acórdão, sabida a existência do prazo regimental de sessenta dias para tanto. Forte mais uma vez no poder geral de cautela e nos moldes dos **arts. 297, 932, II, 995, parágrafo único, e 1.026, § 1º, do CPC/2015, deferi** a pretensão cautelar para suspender, em parte, os efeitos da decisão, **no ponto tão só em que atribuída eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade daquele preceito da lei federal** até a publicação do acórdão respectivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração. Na esteira do entendimento consagrado ao julgamento da **Rcl nº 2.576-4/SC** (Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 20.8.2004), a decisão do STF que, no exercício da jurisdição constitucional abstrata, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produz efeitos desde a publicação da ata da respectiva sessão de julgamento, mesmo que opostos embargos de declaração ainda pendentes de exame.

Faço tal registro para mostrar que, diante do confronto de **duas teses relevantes e consistentes submetidas ao exame do Colegiado, não deixo de reconhecer a qualquer delas, mesmo àquela que não conta com a minha adesão, a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni juris*).** E nesses dois exemplos reputei presente a fumaça do bom direito **não por ser clara e evidente a solução da questão de direito, e sim por respeito à densidade jurídica da controvérsia posta, ainda que contrária, repito, a pretensão imediata, ao meu entendimento pessoal sobre a questão de fundo, resguardando assim o resultado útil do processo.**

Dito isso, **volto hoje à pergunta inicial,** agora com amplitude

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

alargada, ou seja, um passo à frente: ultrapassado o juízo de conhecimento, pois já CONHECIDO o presente *HABEAS CORPUS* por decisão majoritária deste Plenário no último dia 22 de março, o que temos a apreciar, quanto ao mérito, nesta continuidade de julgamento?

Narra a inicial, relembro, que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pena esta majorada em sede de apelação, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, **com comando de execução provisória da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária,** então em vias de ocorrer diante da data prevista naquela Corte Federal para julgamento dos embargos de declaração opostos, o que, é público e notório, já se ultimou.

Daí a impetração perante o STJ – cuja decisão é objeto do presente *habeas*, a conter em seu bojo, como pano de fundo, questão constitucional da maior relevância, que está galvanizando a atenção da sociedade brasileira, pertinente à possibilidade - à luz da nossa Lei Fundamental e em face do princípio da presunção de inocência que ela consagra, nos moldes vazados em seu art. 5º, LVII, -, da chamada execução antecipada ou provisória da pena após o julgamento em segundo grau e enquanto não transitado em julgado o título penal condenatório.

Posta a pergunta, respondo-a acacianamente no sentido de que a decisão submetida ao exame deste Plenário – e para aferir, considerada a expressa destinação do *habeas corpus*, se eivada de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia -, é o acórdão da 5ª Turma do STJ.

Nas palavras do Relator, colhidas de seu proficiente voto, trata-se de "*ato concreto do STJ apontado como coator e tido como configurador de ilegalidade ou abuso de poder, em um caso específico*", a ser apreciado à luz do art. 5º, inciso LXVIII, da Carta Constitucional, segundo o qual, relembro, *conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*

Leio a ementa do acórdão combatido que bem expressa seu teor:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

I - Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, Quinta Turma, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJe 31/10/2017).

IV - Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no mandamus, que é questão eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

Habeas Corpus denegado.

Frente a tal julgado, enfatizo, é que deduzido o pedido principal deste *habeas corpus* de "*concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando a cláusula pétrea prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República*", e, sucessivamente, "*a concessão da ordem para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado nos Habeas Corpus nº 146815-MC/MG e HC 146818-MC/ES*".

Delineado o quadro, passo a explicitar as premissas teóricas em que se assenta o meu voto:

(i) pontuo inicialmente que a aceitabilidade das decisões judiciais proferidas por Cortes Constitucionais e o respeito à sua autoridade – e, em especial, por este Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes rotuladas de impopulares e antidemocráticas, deriva de dois aspectos subjacentes ao exercício da jurisdição constitucional.

O primeiro, relacionado ao conceito de democracia, que não se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário. Vai além, identificando-se pela conjugação de instituições majoritárias representativas populares e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais, desenvolvendo funções distintas e complementares para o ótimo funcionamento do Estado de Direito. [1]

É cediço que as sociedades democráticas contemporâneas são marcadas por divisões culturais e pela pluralidade de percepções sobre os elementos do bem comum, de modo a importarem, a ausência de consenso e a imprevisibilidade cotidiana presentes na arena política, em que resolvidas, como regra, as divergências por apertadas maiorias, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático representativo, com frequência bem maior do que a desejável.

Nesse cenário, ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.

Tal competência jurisdicional explica-se porque, embora a Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, consideradas as situações concretas ou mesmo em contextos abstratos, comporta divergências, em especial pela indeterminação inerente à linguagem jurídica e ao próprio Direito, notadamente às suas regras e textos. Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação da Constituição.

Esse caráter indeterminado do Direito, em especial da norma constitucional, evidencia-se diuturnamente com a resolução das disputas interpretativas sobre o seu significado e alcance por este Supremo Tribunal Federal, mediante suas decisões, precedentes e jurisprudência.

Ainda sobre esta questão, e a legitimidade democrática da Corte Constitucional para agir como terceiro imparcial e moderador das disputas, pertinentes as observações do Professor Dieter Grimm, juiz que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

integrava a Corte constitucional alemã:

> *"Hoje, é uma verdade que as normas jurídicas não determinam e não podem determinar o comportamento judicial e as decisões judiciais de maneira exaustiva e abrangente. Somente em casos excepcionais o texto de uma norma fornece imediatamente a resposta a uma questão jurídica. Casos como esses raramente causam litígios judiciais. Em circunstâncias normais, o significado de uma norma geral em relação a um caso individual deve ser determinado pela interpretação, e a interpretação geralmente deixa espaço para mais de uma resposta válida. Isso vale para as normas jurídicas em geral. Mas, aplica-se com particular força às normas constitucionais. Constituições cumprem a função de fornecer uma base comum para os adversários políticos e, portanto, requerem um consenso político mais amplo do que as leis ordinárias. Elas também são mais difíceis de alterar. Por estas razões, as constituições tendem a ser mais abertas, bem como menos completas e consistentes do que as leis ordinárias. As lacunas na finalidade e conteúdo, portanto, precisam ser superadas através da interpretação ou concretização.*
>
> *O que se segue disso é que a aplicação das normas constitucionais em concreto envolve a extrapolação para além dos dados fornecidos pelo caso. O significado de uma provisão deve ser determinado em uma operação mais ou menos complicada do raciocínio jurídico que, por vezes, dificulta o reconhecimento dos limites entre a interpretação e sua alteração. Isto é particularmente verdadeiro para o crescente número de casos em que as normas mais antigas têm de ser adaptadas a novos desenvolvimentos, principalmente no campo dos direitos básicos. Assim, para manter a afirmação de que o controle de constitucionalidade não apresenta nenhum problema democrático porque tudo o que os juízes fazem é impor decisões prévias feitas pelo povo é uma saída muito fácil. A aplicação de normas não pode ser claramente distinguida da criação de normas. A jurisdição constitui uma mistura de elementos cognitivos e voluntários. As normas que vinculam o governo são, no processo de interpretação, em grande parte, "feitas" pelos tribunais." [2]*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

Nessa linha, o caráter distintivo da autoridade do Poder Judiciário reside no seu elemento procedimental a impor restrições de razão pública a todo processo de tomada de decisões. Nas palavras do Professor Owen Fiss, essa deferência e a aceitabilidade da autoridade do Poder Judiciário podem ser justificadas "*por uma consideração instrumental, especificamente pela crença de que, em geral, os tomadores de decisão vinculados por procedimento têm maior probabilidade do que outros de tomar a decisão correta ou produzir o verdadeiro significado da Constituição*". [3]

(ii) anoto, em segundo lugar, questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no **art. 5º, LVII, da Constituição,** objeto do mérito, que diz com **a segurança jurídica, segurança jurídica** que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um **valor** ínsito à **democracia,** ao **estado de direito** e ao próprio **conceito de justiça**, além de traduzir, na ordem constitucional, uma **garantia dos jurisdicionados**. **Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só** qualifica-se como elemento capaz de degenerar **o Direito em arbítrio.**

Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o **Tribunal** como **instituição**, **a simples mudança de composição não** constitui fator suficiente para legitimar **a alteração da jurisprudência**, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural.

Nessa linha argumentativa, afirma Frederick Schauer: "*espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião*".[4] Igualmente Neil MacCormick, para quem a "*fidelidade ao Estado de direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro*"[5].

É dizer, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. As instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

Embora a jurisprudência comporte, obviamente, evolução – porque, insisto, a vida é dinâmica, a sociedade avança, o patamar civilizatório se eleva – é o que pelo menos se deseja - e o Direito os segue –, a atualização do Direito operada pela via judicial – pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais – há de evitar rupturas bruscas e ser justificada adequadamente;

(iii) como terceiro ponto, **ABORDO o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional,** notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este QUE há de ser bem compreendido. **A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular.**

Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo.

A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências.

Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional.

Em outras palavras, as vozes individuais vão cedendo em favor de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação. Essa compreensão tem sido endossada por expressivos doutrinadores brasileiros dedicados ao estudo do processo constitucional, dentre os quais lembram Luiz Guilherme Marinoni [6], Conrado Hubner Mendes [7] e Virgílio Afonso da Silva [8].

Nesse contexto normativo e institucional, **reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal,** no processo decisório, tem um momento delimitado, **a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.**

Corrobora essa afirmativa o argumento esgrimido por Neil MacCormick:

> *Um procedimento decisório razoável é a única solução apropriada para desacordos interpessoais, situação em que todos ou a maioria dos afetados pela decisão aceitam que o desacordo é de fato razoável, e não simplesmente a face gentil dos poderosos direcionada àqueles com menor poder. Portanto, é inerente a tal procedimento a produção de determinação jurídica, operando (no mínimo) caso a caso. Os direitos ou infrações das partes, e as respectivas ações judiciais ou penalidades estabelecidas após tal debate são, ou se tornam pelo ato mesmo da decisão, os direitos ou responsabilidades jurídicas daquelas partes nos termos firmados pela opinião majoritária (ou, quando possível unânime) do tribunal em questão. Sob um sistema de precedentes vinculantes ou persuasivos, tais decisões também transcendem cada caso particular e são recebidas como criadoras do Direito ou como decisões que interpretam e determinam o Direito como autoridade, na medida em que se aplicam a qualquer outra pessoa dentro daquela jurisdição."[9]*

Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal. Nessa senda as lúcidas observações do Professor italiano Gustavo Zagrebelsky, ex-integrante da Corte Constitucional italiana, quanto à questão da colegialidade nos tribunais, verbis:

> *"A atividade do Tribunal está fundada sobre as distintas personalidades dos juízes que se expressam nas salas de deliberações. Ao mesmo tempo, é rigorosamente colegiado. Isto assume um significado profundo, que vai além do mero respeito às regras de funcionamento. É mais, conquanto em outros países os juízes constitucionais estão dotados de personalidade própria e individualidades institucional, na Itália os juízes constitucionais – aos quais se reconhece a mais plena subjetividade dentro do colégio – não são nada fora do Tribunal. (...) Esta condição que claramente distingue um órgão como o Tribunal Constitucional de outro parecido político ou municipal, como um parlamento ou assembleia, pode manter-se sempre que o número de componentes seja adequado ao espírito do órgão e a sua função, ou seja, um número não muito elevado."[10]*

(iv) pontuo ainda o significado, no ordenamento jurídico brasileiro, da atribuição de **repercussão geral** a determinado julgado ou conjunto de julgados, e a delicada questão dos precedentes judiciais.

À decisão em recurso extraordinário com **repercussão geral** reconhece-se **eficácia *erga omnes*** (i.e. eficácia que não se restringe às partes litigantes do caso que foi decidido, tornando-se aplicável a outros casos). Esse predicado, que não é exclusivo da jurisdição constitucional, não se confunde, é certo, com **o efeito vinculante das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade**. A teor dos **arts. 102, § 2º, e 103-A, caput, da CF, o efeito vinculante** – pelo qual a observância torna-se **obrigatória,** cogente – traduz eficácia **própria** e **exclusiva: (1)** das **decisões de mérito** proferidas no **controle concentrado de constitucionalidade;** e **(2)** dos enunciados de **súmula vinculante**.

Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, são, portanto, é consabido, institutos diversos.

Não obstante, ainda que a decisão proferida por esta Suprema Corte

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

em **repercussão geral** careça da força do **efeito vinculante** propriamente dito, penso que o devido equacionamento da extensão de sua eficácia não pode deixar de levar em conta que, na **jurisdição constitucional,** a coisa julgada – se é que o conceito é adequado – transcende a sua clássica função de amparar direitos subjetivos. Nas Cortes Supremas, leciona Daniel Mitidiero, "*o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito*". [11] Na mesma linha, Georges Abboud ressalta que o interesse tutelado, aqui, "*é difuso e sua natureza é objetiva*".[12]

Assim, o fato de carecer o *decisum* proferido no regime repercussão geral de **efeito vinculante** em sentido estrito não é suficiente, na minha visão, para autorizar seja simplesmente dispensada a sua observância. Trata-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador da forma de interpretar o Direito [10]. A doutrina do precedente, hoje acolhida no **art. 927 do Código de Processo Civil de 2015,** estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição.

O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio **conceito de justiça,** na dimensão da equidade. Dessa forma, "*(...) as sentenças constitucionais, mormente as interpretativas, em razão de sua dimensão integradora e interpretativa, guardam semelhança com o precedente do stare decisis como* ***fonte do direito****. Frise-se que elas se assemelham àquele regime quanto a* ***constituírem importante fonte do direito e não no tocante a seu efeito vinculante****, que no regime do stare decisis é muito mais flexível e incide muito poucas vezes nas questões constitucionais*". [13]

O art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que "*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*". Daí se compreende, *prima facie*, que uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. É nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente, a teor do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

art. 927, III e V, do CPC.

No que diz com a exigência de **integridade,** incorporada ao citado **art. 926 do Código de Processo Civil**, o respeito à autoridade dos precedentes deve ter, de fato e sempre, **a primeira palavra** sobre o Direito: é o necessário ponto de partida. A essa primeira palavra, muitas vezes – e espera-se que na maioria delas – nada se faz necessário acrescentar, o que não significa outra coisa senão a chancela do precedente.

Não se tratando, porém, de decisão definitiva de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (**art. 102, § 2º, da CF),** tampouco de orientação reduzida a enunciado de súmula vinculante (**art. 103-A, caput, da CF**), não há falar seja essa primeira palavra, necessariamente, também a última, pois lhe falta, como já registrado, o efeito vinculante. Nesses casos, a integridade do Direito, entendida como consistência e coerência do Direito em geral, e das decisões judiciais em particular, não se reduz, enquanto valor político-jurídico, na reprodução cega do precedente. É que a integridade, na lição de Ronald Dworkin, "*(...) exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar* ***um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.***"[14]

É equívoco, portanto, apreender o regime de precedentes de modo a lhe emprestar rigidez e mecanicidade. A lógica cartesiana e o pensamento dedutivo são procedimentos estranhos ao funcionamento desse sistema cuja evolução e aperfeiçoamento se deram, historicamente, de forma orgânica e indutiva. O precedente não se impõe como estatuto, como lei. Nesse sentido, o magistério de Karl Larenz:

> *"Apesar disso, a questão de se os precedentes são fontes do 'direito vigente', se o 'Direito judicial' se equipara ao Direito legal, não pode ser simplesmente respondida de modo afirmativo. Tão-pouco os tribunais, segundo a nossa organização jurídica, estão*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

> *indubitavelmente 'vinculados' aos precedentes como estão, por exemplo, à lei. Não é o precedente como tal que 'vincula', mas apenas a norma nele correctamente interpretada ou concretizada. (...) Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo 'cegamente' o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorreta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele corretamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto.*
>
> *(...)*
>
> *Os precedentes podem contar a seu favor com uma certa presunção de correção; porém o juiz não deve abandonar-se a eles se qualquer prevenção, mas tem que fazer um juízo próprio, pelo menos quando surjam dúvidas sobre a correcção do precedente."[15]*

A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução e do aperfeiçoamento do Direito, de outro. Sem deixar de apresentar **consistência,** o sistema deve reter flexibilidade suficiente para o seu desenvolvimento ao acomodar espaço para mudança e evolução. Ao olharmos para esse sistema com as lentes da tradição romano-germânica do Direito que aqui prevalece – legalista, estatutária – corremos o risco de abrigar, em nosso sistema, verdadeiras e nocivas distorções.

Soma-se a essa questão, outra, que lhe é conexa, e diz respeito a até que ponto uma Corte Constitucional está vinculada aos próprios precedentes, o chamado *stare decisis*.

Embora seja controvertida na doutrina, a questão relativa à vinculação dos tribunais constitucionais e Cortes de cúpula em geral às suas próprias decisões – o *stare decisis*, como já referido – (v.g., pela, vinculação: Canotilho; em sentido contrário: Karl Larenz, Ives Gandra Martins, Blanco de Morais), ainda quando tal vinculação é reconhecida, nunca o é de modo inexorável. Diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas, não há muita dificuldade em se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

reconhecer que o tribunal "*pode afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto*".[16] Atento a essas justificações, o Código de Processo Civil de 2015 prescreveu no art. 927, §§§2º, 3º e 4º [17] que a alteração de precedentes pelas Supremas Cortes observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios de segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, sendo que, entendendo pertinente, poderá o Tribunal convocar audiência pública para a rediscussão da tese jurídica firmada anteriormente.

Pertinente é o reconhecimento de que a regra do *stare decisis* é **particularmente flexível quando se trata de casos que envolvem a aplicação de preceitos da Constituição.**

O próprio instituto da *causa petendi* aberta, tão caro à jurisdição constitucional, somente faz sentido se se reconhece a faculdade de a Suprema Corte rever suas decisões, não estando a elas estritamente vinculado, especialmente diante de novos argumentos jurídicos.

Por essa mesma razão – vale dizer, o caráter aberto e progressivo da jurisdição constitucional -, não faz sentido impor, como condição de legitimidade da revisão das próprias decisões pela Corte Constitucional, qualquer espécie de limitação que assuma a forma de uma cláusula *rebus sic stantibus.*

Esse posicionamento orienta-se, a meu juízo, em compasso com a exortação de Ronald Dworkin, para quem o julgador, diante do caso concreto, não pode jamais abrir mão de buscar a resposta que preserve aquilo que ele chama de integridade do direito (*the right answer thesis*).

(v) como último ponto, destaco o óbvio: meu pleno conhecimento de que o Plenário é o *locus* adequado para, externando cada julgador sua posição pessoal, serem revisitados temas e acaso alterada a jurisprudência da Corte, tal como aconteceu tanto no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, como no HC 126.292, Rel. o querido e saudoso Min. Teori Zavaski. Aliás, ao afirmar que os juízes e tribunais observarão a orientação do **plenário ou do órgão especial** a que vinculados, **o art. 927, V, do CPC** define tais colegiados como lugar apropriado para que eventual revisão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

jurisprudencial se opere legitimamente. Esta compreensão é corroborada pelo **art. 927, § 4º, do CPC**, que, a seu turno, delimita condições para a revisão da jurisprudência.

A reflexão que faço a respeito, todavia, diz com a minha compreensão sobre a desejável observância horizontal das decisões do Plenário, presencial e virtual, ainda que em *habeas corpus*, bastando lembrar que aqui se decidiu – e integrei, repito, a corrente minoritária - que a execução antecipada da pena a partir da decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado do título penal condenatório não compromete o princípio da presunção de inocência, o que não tem prevalecido ao julgamento inúmeros *habeas corpus*.

Importante pontuar, por fim, o meu entendimento de que a decisão judicial deve se apoiar não nas preferências pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, "*deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.*"[18] – lição de Dworkin.

A decisão a ser tomada deve levar em conta justificação racional, do ponto de vista lógico-argumentativo, como método de interpretação jurídica necessária e suficiente para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais. Do ponto de vista da integridade, o respeito ao precedente não pode negar o direito subjetivo, titularizado por todo jurisdicionado, de ter seus casos julgados de acordo com a melhor concepção das normas jurídicas vigentes.

Diante de uma dicotomia de posições substanciais, como a verificada, o dever do julgador é expor, tanto quanto possível, de modo, senão convincente, ao menos compreensível aos que seguiriam a senda diversa, as razões pelas quais o seu senso de justiça o fez optar por uma delas. Divergências interpretativas sobre o direito são ínsitas ao exercício

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

da jurisdição, mas, ao contrário daqueles que podem se comprometer com essa ou aquela posição, esse ou aquele interesse, esse ou aquele resultado, o guardião da causa da justiça não pode se furtar, por imposição do dever de imparcialidade a que vinculado, à justificação racional da sua decisão.

O dever de fundamentação de resto, está imposto ao magistrado pelo art. 93, IX, da nossa Lei Fundamental. Ainda que as razões de decidir não sejam capazes de convencer a todos – e nunca serão – elas devem atender à pretensão de ser racionalmente compreendidas, senão por todos, pelo menos por aqueles preocupados mais com a realização institucional de um julgamento correto, do que com a vicissitude do resultado eventualmente alcançado.

O dever de fundamentação somente se densifica, enquanto norma de procedimento, quando se compreende que a decisão judicial há de expressar, no seu resultado, qualquer que seja, a consequência da aplicação imparcial do método. Em momento algum, como se vê, é possível ignorar a inescapável tensão interna à ideia de integridade da justiça: a unidade do direito e a segurança jurídica, de um lado, e a abertura para a evolução, a atualização e o aperfeiçoamento, de outro.

Colocadas tais premissas teóricas, e forte no que nelas explicitei, destaco que, tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o **dever de equidade** que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da **colegialidade** que, enquanto expressão da exigência de **integridade da jurisprudência,** é meio de atribuir **autoridade e institucionalidade** às decisões desta Casa, conforme explanei anteriormente.

Nessa linha de raciocínio, e sendo prevalecente neste Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a execução provisória "*de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" - tese consagrada por este Plenário em 17 de fevereiro de 2016, ao exame do HC 126.292/SP, da relatoria do querido e saudoso Min. Teori Zavascki (DJe de 17.5.2016), reafirmada em 05.10.2016 também por este Plenário quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, da relatoria do Min Marco Aurélio, e mais uma vez em 10.11.2016, **sob a sistemática da repercussão geral,** no ARE 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki, no Plenário Virtual (DJe 25.11.2016), quando reafirmada a jurisprudência dominante, **não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de *habeas corpus*,** independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o **locus** apropriado para revisitar tais temas. Hoje, todavia, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o tema se põe - no mérito **ainda pendente de apreciação por este Plenário-,** diante do pedido de declaração de constitucionalidade do **art. 283 do CPP,** de seguinte teor:

> "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva."

Como já repeti à exaustão, acórdão do STJ que se funda na orientação prevalecente desta Casa para denegar a ordem em absoluto, na minha visão - pedindo a mais respeitosa vênia aos que entendem de forma diversa, **em absoluto reitero pode ser acoimado de ilegal, abusivo ou teratológico de modo a autorizar a concessão da ordem.** Faço sim o *distinguishing (distinção), no âmbito do habeas corpus*, entre decisão proferida

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

com base na afirmação de tese fundada em interpretação de texto constitucional – como ocorreu nos HCs sob a relatoria dos Ministros Eros Grau e Teori Zavascki, e decisão lançada pela observância da jurisprudência prevalecente desta Suprema Corte reafirmada sob a sistemática da repercussão geral, como a da 5ª Turma do STJ contra a qual se volta a presente impetração.

Reporto-me, pela coerência que entendo deva eu manter nas decisões que profiro, às inúmeras que tenho exarado monocraticamente desde 2016, a última, inclusive, há poucos dias no HC 154.108/SP, em 19.3.2018.

À demasia, colaciono julgados colegiados desta Suprema Corte em que referendado o entendimento que norteou a decisão do STJ contra a qual se volta o presente *writ*, inclusive em feitos sob a minha relatoria, em que destaco, por todos, o HC 149120-AgR/PI, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 01.12.2017, DJe 15.12.2017, decisão com trânsito em julgado em 06.02.2018, assim ementado:

> **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.**
>
> 1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de writ, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes.
>
> **2. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora.**
>
> 3. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

ADC's 43 e 44, em que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a suspensão das execuções provisórias da condenação confirmada em 2º grau.

4. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

5. Agravo regimental conhecido e não provido.

Outros precedentes, a título ilustrativo, de diferentes Relatores:

"Processual penal. Embargos Declaratórios recebidos como Agravo Regimental em Habeas Corpus. Condenação por estupro de vulnerável. Execução provisória. Possibilidade.

1. (...)

2. A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

3. A orientação adotada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, não significou aplicação retroativa de lei penal mais gravosa. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido." (HC 135.567-ED/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 16.3.2017)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

DESPROVIDO.

1. (...)

2. Nos termos do decidido pelo Tribunal Pleno, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."** (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016).

3. Na mesma direção, ao indeferir tutela cautelar nas ADCs 43 e 44, o Plenário conferiu interpretação conforme ao art. 283, CPP, para o fim de assentar que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

4. Por fim, sob a ótica da repercussão geral, o Tribunal reafirmou sua jurisprudência para o fim de explicitar que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, **ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.**" (ARE 964246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016)

5. Agravo regimental desprovido." (HC 137.908-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe 06.3.2017)

"Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7492/86). Condenação confirmada em segundo grau. Execução provisória da pena determinada. Pretendida desconstituição da medida. Negativa de seguimento ao writ por incidência da Súmula nº 691/STF. Possibilidade. Inteligência do art. 21, § 1º, do RISTF. Não ocorrência de violação do princípio da colegialidade. Precedentes. Inexistência de ilegalidade flagrante capaz de temperar o rigor da súmula em evidência. Agravo regimental não provido.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

1. Não ofende o princípio da colegialidade o uso pelo relator da faculdade prevista no art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, o qual lhe confere a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal.

2. A hipótese narrada nos autos não enseja a superação do enunciado da Súmula nº 691 da Suprema Corte. A decisão ora hostilizada não merece reparos, pois a questão foi resolvida nos exatos termos da jurisprudência que se formou na Corte.

3. A decisão do juízo de origem que determinou a execução provisória da pena imposta ao ora agravante não configurou reformatio in pejus e nem afrontou a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, entendeu que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência" (DJe de 17/5/16).

4. Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado na Corte, que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, as quais pleiteavam, sob a premissa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP.

5. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (HC 134.863-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 01.02.2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA, DE ESTELIONATO E DE SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. ARTIGOS 168, 171 E 305 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal,** consoante julgamento do ARE 964.246, julgado sob o rito da repercussão geral (tema 925).

2. In casu, o paciente foi condenado à pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa em razão da prática dos crimes de apropriação indébita, de estelionato e de supressão de documento, previstos, respectivamente, nos artigos 168, 171 e 305 do Código Penal.

3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

4. A execução provisória da pena coaduna com o princípio da vedação da reformatio in pejus, quando mantida a condenação do paciente pela Corte local, porquanto a constrição da liberdade, neste momento processual, fundamenta-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

> extraordinário e especial, no restrito espectro de cognoscibilidade desses mecanismos de impugnação, bem como na atividade judicante desempenhada pelas instâncias ordinárias.
>
> 5. Agravo regimental desprovido." (HC 138.890-AgR/PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 23.3.2017).

Reitero, ademais, que a jurisprudência firmada no âmbito de ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao afastar os argumentos de *reformatio in pejus*, de retroatividade desfavorável ao paciente e/ou de violação ao postulado constitucional da presunção de inocência, ratificou a viabilidade da execução dita provisória da pena.

Senhora Presidente, enfrento este *habeas corpus* nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado - sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas.

ACOMPANHO, POIS, NO ÂMBITO DESTE *HABEAS CORPUS*, O RELATOR, a quem renovo minhas homenagens, DENEGANDO A ORDEM.

É COMO VOTO, PRESIDENTE.

[1] Na literatura jurídica, nessa linha de concepção acerca teoria da separação de poderes nas sociedades e democracias constitucionais

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

contemporâneas, está Pasquale Pasquino e John FereJohn (FEREJOHN, John. Constitutional review in global context. N.Y.U *Journal of Legislation & Public Policy*, vol. 6, n.1, 2002. p. 49-59; Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 82, 2004. p. 1671-1704; Constitutional Courts as deliberative institutions: towards na institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional justice, east and west*: democractic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Amsterdã: Springer, 2003), Dieter Grimm (Constitutional adjudication and democracy. *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, p. 208-209; Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. ***NUJS Law Review***, vol. 4, issue 1, 2011. p. 15-29), Gustavo Zagrebelsky (La corte in politica. *Quaderni costituzionale*, XXV, n. 2, giugno 2005. p. 273-282; *Principi e voti*: la Corte costituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005; *Il diritto mite*: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi; 1992), Owen Fiss (To make the constitution a living truth. In: Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017), Aharon Barak ("A Judge on Judging: the role of a Supreme Court in a democracy". *Havard Law Review*, n. 16, 2002. p. 19-162), Stephen Brayer (*Making our democracy work: a judge's view.* Vintage Books: New York, 2011), CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989), Conrado Hubner Mendes (*Constitutional courts and deliberative democracy.* Oxford: Oxford University Press, 2014).

[2] Tradução livre de: "*Today, it is a truism that legal norms do not and cannot determine judicial behaviour and court decisions in an exhaustive comprehensive manner. Only in exceptional cases only does the text of a norm immediately provide the answer to a legal question. Cases like these rarely cause litigation. Under normal circumstances, the meaning of a general norm with regard to an individual case has to be determined by interpretation, and interpretation usually leaves room for more than one answer. This is true for legal norms in general. But it applies with particular force to constitutional*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

norms, Constitutions fulfil the function of providing a common basis for political adversaries dnd thus require a political consensus broader than that underlying ordinary laws. They are also more difficult to amend. For these reasons, constitutions tend to be more open-ended as well as less complete and consistent than ordinary laws. Gaps in scope and content, therefore, need to be bridged through interpretation or concretisation.

What follows from this is that the application of constitutional norms in concreto involves extrapolation beyond, the given. The meaning of a provision must be determined in a more or less complicated operation of legal reasoning which sometimes makes it difficult to recognise the boundaries between interpretation and amendment. This is particularly true for the growing number of cases where old norms.have to be adapted to new developments; mainly in the field of basic-rights. Thus, to maintain that judicial review poses no democratic problem because all that judges do is to enforce prior-decisions made by the people is too easy a way out. Application of normns cannot be clearly distinguished from norm creation. Adjudication constitutes a mixture of cognitive and voluntary elements. The norms which bind government are, in the process of interpretation, to a large extent "made" by the courts." GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and democracy. Israel Law Review, vol. 33, 1999, p. 205-206.

[3] FISS, Owen. *To make the constitution a living truth.* In: Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017.

[4] SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 37.

[5] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito.* Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[7] MENDES, Conrado Hubner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF*. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 337-361. MENDES, Conrado Hubner. *Projeto de uma corte deliberativa*. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74; MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy.* Oxford: Oxford University Press, 2014.

[8] SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, issue 3, p. 557-584.

[9] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito.* Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

[10] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti: la corte costituzionale e la politica.* Torino: Giulio Einaudi editore, 2005, p. 67.

[11] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[12] ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[13] ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[14] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* São Paulo: Martins

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

Fontes, 1999.

[15] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

[16] ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[17] CPC/2015, Art. 927. Os juízes e tribunais observarão:

(...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

[18] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14922877.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministra Rosa Weber, Vossa Excelência me permite um aparte?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Pois não, Ministro Marco Aurélio, com muito gosto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se a apreciação dos pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade fosse hoje, haveria maioria para deferir a liminar, ante a evolução, no entendimento, do ministro Gilmar Mendes.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E nós teríamos, lá, efeito vinculante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exato.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu aplico horizontalmente as decisões do Plenário, mesmo quando não tem efeito vinculante. É uma questão...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De convicção de cada qual.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite?

Então a Corte não pode evoluir jamais, porque fica vinculada a um precedente que foi tomado por uma maioria muito restrita, e, quando a matéria for retomada para decisão em Plenário, fica adstrita a uma decisão, a meu ver, tomada provisoriamente e ainda pendente de uma discussão mais ampla nas ações declaratórias de constitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o mais interessante é que, se este *habeas* fosse julgado no órgão fracionado, como ocorreria normalmente, a ordem seria concedida. A perplexidade é grande.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, a Ministra Rosa Weber justificou muito bem, exatamente dentro da opinião dela. Então, acho que há de se respeitar. Ela tem o direito até porque ela poderia também evoluir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No colegiado, a troca

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130106.

de ideias é cabível.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu gosto muito de ouvi-los, mas há um detalhe, eu estabeleci premissas teóricas. Todavia, eu compreendo, às vezes, na leitura, não se acompanha...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No início, confesso que não sabia o sentido do voto de Vossa Excelência. Olha que tenho alguma experiência no colegiado.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Meu voto é tão claro! Quem me acompanha nesses 42 anos de magistratura não poderia ter a menor dúvida com relação a ele. Tenho critérios de julgamento e procuro manter a coerência nas minhas decisões. Embora, claro, as compreensões sejam diversas. E isso é normal, saudável, faz bem, faz evoluir.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O colegiado é exatamente para isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Procurei explicitar tudo isso, dizendo que as vozes individuais são muito importantes, devem se fazer presentes no debate. Mas, uma vez estabelecida uma voz coletiva por meio de decisões majoritárias ou – melhor seria – unânimes, essa passa a ser a voz da instituição. Pode-se alterar? Pode sim! Eu disse com todas as letras, nem precisaria dizer, hoje o Código de Processo Civil é expresso a respeito. Mas essa é a minha compreensão, não necessariamente a de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Reconheço que há um "gancho" – o julgamento de um processo subjetivo, quando deveríamos estar apreciando os objetivos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministra Rosa, Vossa Excelência prossegue.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130106.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, Presidente, e que isto fique nos anais do Tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade. É esta a conclusão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não, constará.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Inclusive, havia um pedido expresso do Relator nesse sentido, que eu acabei de ler no início da Sessão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não, e nós até conversamos sobre isso na quarta-feira.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130107.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Excelentíssima Senhora Presidente, Excelentíssimos Senhores Ministros, Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República, senhores advogados presentes, estudantes, jornalistas e servidores.

Senhora Presidente, há alguns momentos em que a antiguidade nos traz um certo conforto, porque, se por um lado, esvazia um pouco a nossa capacidade argumentativa, em razão dos votos antecedentes, por outro lado, também nos dá a oportunidade de ouvirmos vários enfoques que aqui foram trazidos. De sorte que eu gostaria de começar manifestando a minha admiração pelos votos que me antecederam, do Relator, do Ministro Alexandre, do Ministro Barroso, da Ministra Rosa Weber, que trouxe o enfoque da colegialidade distinto dos enfoques trazidos até então, o que facilita a minha tarefa, mas ao mesmo tempo me torno um pouco repetitivo.

Eu gostaria de iniciar esclarecendo que realmente nós fomos instados a julgar como *causa petendi* deste *habeas corpus* a possibilidade de execução criminal após a condenação em segundo grau de jurisdição. É isso que veio nos documentos oficiais do Supremo Tribunal Federal. E a tese a ser fixada é que a premissa para o resultado do julgamento é saber se é possível haver execução da pena após sentença criminal confirmada em segundo grau. Esses são os documentos oficiais trazidos às nossas mãos pelo próprio Supremo Tribunal Federal. E evidentemente que esta questão está intimamente imbricada com a questão da súmula que aquele Tribunal tem, cujo teor coincide com aquela tese fixada na repercussão geral.

Num primeiro momento, Senhora Presidente, eu gostaria, nesse particular, de dar razão àquilo que o Ministro Gilmar afirmou, que houve uma certa objetivação desse processo subjetivo. Isso foi tanto melhor, porque não dá ensejo a absolutamente nada. Eu peço vênia para não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796026.

concordar com alusões aqui feitas de que houve um mau endereçamento. Eu entendi que Vossa Excelência pautou o *habeas corpus* porque o Relator trouxe em mesa na forma do Regimento.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796026.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado, originalmente, contra decisão monocrática e, sucessivamente, contra o julgamento de mérito proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 434.766/PR.

Alega-se, em síntese, que o paciente estaria ameaçado de sofrer constrangimento ilegal sobre sua liberdade de locomoção, tendo em vista a ordem de decretação de prisão para execução de pena anteriormente ao trânsito em julgado da condenação.

PRELIMINAR

Preliminarmente, verifica-se que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i* , da Constituição Federal, *verbis*:

> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
>
> *I - processar e julgar, originariamente:*
>
> (…)
>
> *d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*
>
> (…)
>
> *i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

***In casu*, o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.**

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgR, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, Dje de 1º/10/99, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

"PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> *do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes."*

Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados - Súmula Vinculante e Repercussão Geral - com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus*, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio, no voto proferido no HC 110.055/MG, que capitaneou a mudança de entendimento na Primeira Turma, *verbis*:

> *"Essa óptica há de ser observada, também, no que o acórdão impugnado foi formalizado pelo Superior Tribunal de Justiça em*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> *recurso ordinário constitucional em habeas corpus.*
>
> De duas, uma: ou há, no acórdão proferido, quadro a ensejar a interposição de recurso extraordinário, ou não há. Descabe a volta a estágio anterior, que é o do ajuizamento originário do habeas corpus.
>
> *No mais, ante os parâmetros fáticos e legais, não existe campo para a concessão da ordem de ofício. Extingo o processo sem o julgamento do mérito."* (HC 110.055/MG, Primeira Turma, DJe de 9/11/2012).

No mesmo sentido, firmou-se o entendimento da Primeira Turma desta Corte no sentido da inadmissibilidade da utilização do *habeas corpus* como substitutivo de recurso extraordinário, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

> *"Habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Writ extinto. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Ocorrência. Crimes de supressão de documento particular (CP, art. 305) e violência arbitrária (CP, art. 322). Prescrição retroativa intercorrente, pela pena concretamente aplicada, na pendência de recurso exclusivo da defesa. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva reconhecida (CP, art. 110, § 1º). Ordem concedida de ofício, com extensão dos efeitos da decisão a corréu em idêntica situação (CPP, art. 580). 1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus em casos semelhantes. 2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado de habeas corpus como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que se evidencia na espécie. 3. Habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita. 4. A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da condenação para a defesa,*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

regulando-se pela pena concretamente cominada aos crimes, nos termos dos art. 110, § 1º, do Código Penal. 5. Tendo sido condenado o ora paciente a penas privativas de liberdade inferiores a dois (2) anos, o prazo de prescrição, pela pena imposta, após o trânsito em julgado, para a acusação é de quatro (4) anos (CP, art. 109, V). 6. Habeas corpus deferido para declarar-se ocorrente a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, e, em consequência, para decretar-se a extinção da punibilidade do ora paciente pelos delitos dos arts. 305 e 322 do Código Penal, com extensão da decisão a corréu em idêntica situação (CPP, art. 580). 7. Ordem concedida de ofício." (HC 106.158/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 9/8/2013)

"Habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. Writ extinto, em face da inadequação da via eleita. 1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus em casos como esse. 2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se evidencia na espécie. 3. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita." (HC 113.805/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 15/4/2013)

"HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. QUADRILHA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

Constituição Federal. Diante da dicção constitucional não cabe, em decorrência, a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. Havendo condenação criminal, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, ou seja, um juízo efetuado, com base em cognição profunda e exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica através de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento. 3. Se as circunstâncias concretas do crime indicam o envolvimento do paciente em organização criminosa numerosa, bem estruturada, voltada à prática de crimes graves, tais como, tráfico de drogas, roubo de cargas, furtos de caixas eletrônicos, aquisição de armas, a periculosidade e risco de reiteração delitiva está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, à luz do art. 312 do CPP. Precedentes. 4. Ordem denegada." (HC 118.981/MT, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 19/11/2013)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional, inadequada a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. Inviável a apreciação de questão não examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. 3. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> *circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura ou a manutenção em liberdade do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 4. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes. 5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício da ordem, para revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feitio legal."* (HC 130.916, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 20/6/2016).

Ao mesmo tempo, o Supremo Tribunal Federal segue, de forma pacífica, a orientação de que não lhe cabe julgar *habeas corpus* de decisão liminar proferida em idêntico remédio constitucional em curso nos tribunais superiores, conforme o enunciado nº 691 da Súmula desta Corte, *verbis*: *[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.*

In casu, **não ressai teratologia** ou flagrante ilegalidade da decisão que negou o pedido de liminar na instância *a quo***.**

Ao contrário: o Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir o pedido de liminar (e, posteriormente, denegar a ordem no mérito), **aplicou a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, proferida em sucessivas decisões plenárias: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki; ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki (em sede de repercussão geral); ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio (em sede de medida cautelar).**

Por fim, entendo, com a ressalva dos entendimentos em contrário - inclusive da decisão monocrática do eminente Relator -, que **o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter, *a posteriori*, proferido decisão sobre o mérito do pedido de *habeas corpus* implicaria a necessidade de interposição do recurso constitucional cabível, não se autorizando o conhecimento originário do presente *writ*,** que **deve ser julgado**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

prejudicado em razão da superação da decisão de indeferimento de liminar contra a qual originariamente se dirigiu.

Ex positis, **NÃO CONHEÇO do *habeas corpus***.

MÉRITO

Acaso superada a preliminar, não se revelam presentes os fundamentos legais que permitiriam a concessão da ordem de *habeas corpus*, ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder na decisão atacada.

É que a decisão do STJ **aplicou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da legitimidade constitucional da execução da pena a partir do julgamento colegiado em sentido condenatório.**

Com efeito, em três oportunidades esta Corte manifestou a compreensão de que o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade), extraído da norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não impede o início da execução da pena fixada na condenação, uma vez esgotados os recursos cabíveis nas instâncias ordinárias.

Cito os acórdãos dos julgamentos em que este entendimento foi exarado:

> "*CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII).* ***SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.*** *1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário,* ***não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal****. 2. Habeas corpus denegado.*" (HC 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

"MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ***ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA****. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.* ***MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA****. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal". 2.* ***No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional****. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. ***O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula****. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6.* ***Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível****. 7. Medida cautelar indeferida."* (ADC 43-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 05/10/2016).

"*CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1.* ***Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> ***que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal****. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.*" (ARE 964.246, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016).

Conclui-se inexistir ilegalidade ou abuso de poder na decisão impugnada no âmbito do presente *habes corpus*, porquanto amparada em compreensão sedimentada em arestos recentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de repercussão geral.

REGRAS DE HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO

O denominado princípio da presunção de inocência decorre da previsão contida no art. 5º, LVII, da CF/88, cujo teor é o seguinte:

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

Embora parte da doutrina e da jurisprudência defenda que a "literalidade" do artigo não admitiria interpretações, o fato é que há divergência juridicamente relevante sobre o que signifique, para os fins da Constituição, a expressão "**ninguém será considerado culpado**".

Para a **definição do sentido e alcance da norma**, recorre-se às regras de hermenêutica que orientam o intérprete na fiel execução das normas, à luz do ordenamento jurídico-constitucional.

Revela-se importante, consectariamente, fixar algumas premissas teóricas, que orientarão o raciocínio e a conclusão do presente voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

TEXTO *vs.* NORMA

Na feliz expressão do aclamado jurista alemão Friedrich Müller, o texto de um preceito jurídico positivo revela apenas a **ponta do *iceberg* normativo.** Leciona Müller:

> "Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. **Uma norma** não é **carente de interpretação** porque e à medida em que ela não é "unívoca", "evidente", porque e à medida em que ela é "destituída de clareza" – mas **sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)**. Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) **pode parecer "clara" ou mesmo "unívoca" no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente "destituída de clareza"**. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se "aplica" algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas "a" norma jurídica não está pronta nem "substancialmente" concluída." (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61/62).

Com efeito, a controvérsia quanto ao que efetivamente se entende como "***ser considerado culpado***" afasta a incidência do brocardo "*in claris cessat interpretatio*", de resto há muito superado pelas lições dos maiores juristas e modernamente entendido *cum granum salis*.

Um dos maiores exegetas do direito brasileiro, CARLOS MAXIMILIANO, já salientava que

> ***"A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> ***conteúdo da lei***, *resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal no texto*. [...]
>
> ***Não raro os brocardos já se acham destituídos de valor científico (exemplo - in claris cessat interpretatio)***, *ou, pelo menos,* ***são falsos e inexatos na sua generalidade forçada***, *em desacordo com a origem* […] ***Aplicam-se mais extensamente do que se deve***, *tornam-se fontes de erros e confusões, pelo motivo apontado, de ser a forma muito mais geral do que o conteúdo.*" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 196).

No processo interpretativo, adverte MAXIMILIANO, ***cumpre evitar "o demasiado apego à letra dos dispositivos"***, além, é claro, de se dever evitar também o excesso contrário (MAXIMILIANO, 2010, p. 84).

Na mesma esteira, Miguel Reale ressalta a essencialidade do ato interpretativo, reveladora da impossibilidade de uma norma dispensar interpretação (REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: Introdução à epistamologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 250).

Também Canotilho, com fundamento na Teoria Estruturante de Müller, consigna a seguinte compreensão:

> "*Elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo;* ***o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um "domínio normativo", isto é, um "pedaço de realidade social" que o programa normativo só parcialmente contempla****; consequentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> *pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (elemento literal da doutrina clássica);* ***outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).***" (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213).

Na lição de FRANCESCO FERRARA, "*A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei*" (*Trattato di Diritto Civile Italiano*. Vol. 1, 1921, p. 206).

Também é devida ao célebre jurista italiano a distinção "*Voluntas legis, non legislatoris*", ou seja, o intérprete deve analisar a vontade da lei, do texto normativo, dentro de seu âmbito de aplicação, independentemente de qual tenha sido a vontade do legislador: "*a lei não é o que o legislador quis ou não quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei*".

Em síntese, a clareza das regras somente é obtida pelo procedimento de interpretação, procedendo-se à sua análise sistêmica, conciliando-a com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio e com a realidade a ele subjacente.

INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA: A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A unidade do sistema jurídico e da Constituição Federal determina a necessidade de eliminar incoerências, inconsistências e contradições internas. Vale dizer, a interpretação dos preceitos do ordenamento jurídico deve harmonizá-los, em observância à unidade e funcionalidade do sistema normativo. Quando duas ou mais normas parecem incompatíveis, no momento de sua aplicação a um caso concreto, procede-se à atividade de interpretação (voltada à definição do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

significado das normas, concebidas em termos gerais e abstratos, preservando-se a unidade do Direito) e, quando necessário, de ponderação (atribuindo-se pesos relativos às normas em conflito, à luz da principiologia constitucional, para decidir qual será concretamente aplicada).

O princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente.

Especificamente no que diz respeito às regras para que seja decretada a prisão de alguém, temos várias previsões que devem ser compatibilizadas.

Primeiramente, verifica-se que, nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente, como se nota nos dispositivos a seguir:

> *"Art. 53. §2º* ***Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável****. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão*".
>
> *"Art. 86. §3º* ***Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão***".

Portanto, pode-se, inicialmente, considerar que se a Constituição impedisse a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a norma deveria estatuí-lo expressamente ("enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação, não será iniciada a execução da pena").

Resta plausível, portanto, concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado.

Mais do que isso, verifica-se que o mesmo art. 5º, em que está prevista a garantia da presunção de inocência, estabelece duas normas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. A única exigência é de que a decisão seja emitida por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada, como se extrai dos incisos LIV e LXI, cujo teor reproduzo:

> "LIV - **ninguém será privado da liberdade** ou de seus bens **sem o devido processo legal**;
>
> LXI - **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".

A leitura dos dispositivos constitucionais, analisados em conjunto, autoriza concluir que a presunção de inocência não proíbe a execução da pena de prisão imposta em acórdão condenatório proferido por órgão colegiado do Poder Judiciário.

Ora, a "fundamentação" será legítima sempre que consentânea com as leis penais e processuais penais que autorizam o encarceramento, e não há dúvida de que o juízo condenatório, emitido pela autoridade judiciária competente, constitui o fundamento máximo para a decretação da prisão no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, com muito maior razão do que a prisão para fins meramente securitários – perigo conjectural da ordem pública, econômica, instrução criminal ou aplicação da lei penal.

Deveras, é absolutamente inegável que a condenação proferida por órgão colegiado de segundo grau, mediante análise exauriente das provas, confere garantia contra prisões arbitrárias, violadoras da Constituição.

Ademais, o juízo condenatório, uma vez emitido pela autoridade judiciária competente, revela fundamentos muito mais robustos do que os que autorizam a prisão em flagrante ou a prisão preventiva – estas últimas calcadas em argumentos cautelares, hipotéticos e que, comparativamente com o juízo de mérito da ação penal realizado por órgão jurisdicional de segundo grau, submetem-se ao contraditório e à

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

ampla defesa em grau muito mais reduzido.

À luz destes fundamentos, a análise sistemática da Constituição, autoriza concluir que a previsão de que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*" **não impede a decretação da prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**, tampouco condiciona a prisão antes do trânsito em julgado da condenação às hipóteses do art. 302 (flagrante delito) ou 312 (prisão preventiva) do Código de Processo Penal.

Nenhum dispositivo da Constituição exige que a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da condenação esteja fundamentada exclusivamente em requisitos cautelares.

Seria, ademais, absolutamente contraditório admitir que uma ordem de prisão decretada em juízo meramente conjectural, exercido no início do inquérito ou da ação penal, revela-se compatível com a Constituição, enquanto seria incompatível com a Lei Maior uma ordem de prisão decorrente do juízo de mérito, por órgão colegiado, não no sentido do perigo futuro e eventual para a ordem pública, mas no sentido da condenação do acusado pelos fatos criminosos por ele praticados.

ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA E CONSEQUENCIALISMO

Cumpre, ainda, acrescentar uma análise da história de interpretação do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do STF. Ela se divide em três períodos: : de 1988 até 2009; de 2009 a 2016; desde 2016 até o momento atual. As sucessivas alterações deveram-se: 1) à influência do garantismo na interpretação ampliativa, em 2009; 2) à influência do consequencialismo na interpretação restritiva, em 2016.

Confiram-se, inicialmente, alguns acórdãos do STF sobre o tema em julgamento, no período de 1988 até 2009:

> "*HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

*TRÂNSITO EM JULGADO. FIXAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. I - **Contra decisão condenatória mantida em segundo grau cabe recurso extraordinário, que não tem efeito suspensivo. Possibilidade de dar cumprimento a mandado de prisão. Inocorrência de afronta ao artigo 5º-LVII da Constituição Federal**. II - O tribunal de origem aumentou a pena originalmente imposta. A nova dosimetria, por seu turno, fez-se à conta de suficiente motivação. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.*" (HC 71.443, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 04/10/1994).

"*RECURSO DE "HABEAS CORPUS". SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL PENDENTE. ARTIGO 27 § 2º DA LEI 8.038/90. CAMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF. RECURSO IMPROVIDO. **O julgamento do recurso de apelação, com desfecho condenatório, sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão não impede a prisão do réu. O direito do condenado permanecer em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários. Os recursos de natureza extraordinária não tem efeito suspensivo (artigo 27 - § 2º da Lei 8.038/90). A jurisprudência do STF não vê incompatibilidade entre o que diz a lei e o disposto no artigo 5º - LVII da Constituição Federal**. Recurso improvido.*" (RHC 71.959, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. P/ Acórdão Min. Francisco Rezek, j. 03/02/1995).

"*PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA: ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. CRIME INAFIANÇÁVEL. NOTIFICAÇÃO EXIGIDA PELO ART. 514 DO CPP. RÉU DENUNCIADO E CONDENADO PELOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 312 E 288 DO CÓD. PENAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP ÀS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS. LEI 8.038, ART. 4º E LEI 8.658/93. PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE JULGAMENTO DE RECURSOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. I. -*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. II. - O art. 514 do CPP não se aplica às ações penais originárias, que têm rito próprio (Lei 8.038/90, art. 4º e Lei 8.658/93). III. - ***O benefício de apelar, em liberdade não se aplica relativamente ao recurso extraordinário e ao recurso especial, que não têm efeito suspensivo, o que não contraria a presunção de não culpabilidade inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição. Precedentes do S.T.F****. IV. - H.C. Indeferido.*" (HC 75.048, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 02/09/1997).

"*Habeas corpus. 2.* ***Paciente condenado, em segundo grau, por infringência ao art. 12 c.c. o art. 18, III, da Lei n.º 6.368/1976. Determinação de imediata expedição de mandado de prisão. Inexistência de ilegalidade. 3. Certo está que não possuem efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário, interponíveis do acórdão condenatório. Lei n.º 8.038/1990, art. 27, § 2º****. 4. Habeas corpus indeferido.*" (HC 74.850, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 08/04/1997).

"*"HABEAS CORPUS" - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - POSSIBILIDADE - DECISÃO FUNDAMENTADA - LEGITIMIDADE DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL -* ***CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA - MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESPOJADA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE RESULTANTE DE CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO COMO OBSTÁCULO JURÍDICO À IMEDIATA CONSTRIÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" DO CONDENADO*** *- ADVOGADO - CONDENAÇÃO PENAL MERAMENTE RECORRÍVEL - PRISÃO CAUTELAR - RECOLHIMENTO A "SALA DE ESTADO-MAIOR" ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA -*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

PRERROGATIVA PROFISSIONAL ASSEGURADA PELA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V) - INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DO RECOLHIMENTO PRISIONAL, DE DEPENDÊNCIA QUE SE QUALIFIQUE COMO "SALA DE ESTADO-MAIOR" - HIPÓTESE EM QUE SE ASSEGURA, AO ADVOGADO, O RECOLHIMENTO "EM PRISÃO DOMICILIAR" (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V, "IN FINE") - ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE." (HC 73.868, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/05/1996).

"*HABEAS CORPUS* - ***RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO ACUSADO - INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO - POSSIBILIDADE DE PRISÃO IMEDIATA DO CONDENADO - MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO AO PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL - DELIBERAÇÃO QUE NÃO VINCULA OS TRIBUNAIS SUPERIORES - PEDIDO INDEFERIDO***. *PRISÃO DO SENTENCIADO E INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. -* ***A mera interposição dos recursos de natureza excepcional - recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) - não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva***. *Precedentes. JUIZ QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL. -* ***A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em conseqüência, pode***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal ad quem - porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal - faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de primeiro grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. *Precedente.* ***PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE DO RÉU. - O postulado constitucional da não- culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório.*** *Precedente. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E PRISÃO ANTECIPADA DO CONDENADO. -* ***O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede - em tema de proteção ao status libertatis do réu (Artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade.***" (HC 72.610, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05/12/1995).

"*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> *POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado."* (HC 91.675, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, . 04/09/2007).

A partir de 2007, algumas ordens de *habeas corpus* foram concedidas, em atenção a uma interpretação ampliativa do princípio da presunção de não-culpabilidade. Somente em 2009, no julgamento do HC 84.078, alterou-se, em Plenário, a compreensão do Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação do princípio da presunção de inocência, em acórdão da lavra de meu antecessor, eminente Min. Eros Grau, assim ementado:

> *"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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

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, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> *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, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009).

Passou-se, então, a compreender que a prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, somente seria legítima se fundada em requisitos cautelares, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de "prisão preventiva", nos seguintes termos:

> *"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."*

Porém, como anteriormente mencionado, em 2016 esta Suprema Corte reviu o entendimento fixado em 2009, no julgamento do HC 126.292, assim concluindo: "*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*". Confiram-se trechos do voto vencedor, da lavra do saudoso Min. Teori Zavascki:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

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

[…]

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

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

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (nemo tenetur se detegere), com todos os seus desdobramentos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que "o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país" (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal.

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

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

'No que se refere à presunção de não culpabilidade,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

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

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

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

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

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

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

progressivamente mais gravoso é aceitável.

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

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

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

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema". A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

'a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso.

Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (…)

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à High Court versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da Crown Court'.

(…)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(…)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso 'Coffin versus Estados Unidos' em 1895. Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

(…)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(…)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, 'nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes'. Prossegue informando que "o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão".

c) Canadá

(…)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso R. v. Pearson(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, "é claro", a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(…)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (…) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (…) Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

alemães entendem que eficácia (…) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (…). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

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

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

f) Portugal

(…)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

(…)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (…)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida" (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078', p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

> 'Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.
>
> Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos'.
>
> Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. **E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: 'Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213'' (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

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

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

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.
>
> 12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.
>
> 13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto."

Concluiu-se, a partir das citações que informaram o julgamento do HC 126.292, que para a proteção dos direitos fundamentais do homem e defesa dos valores democráticos, o princípio da presunção de inocência, ou de não-culpabilidade, demanda, tão somente, que sejam produzidas provas da culpa do acusado, como condição para sua condenação, não significando, portanto, que alguém, somente por ser presumido inocente, não possa ser submetido à privação de liberdade.

Mais ainda: verificou-se, naquele julgamento, que na maioria dos países democráticos, o título condenatório constitui fundamento

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

suficiente para o encarceramento, dotado de força legitimadora *per se*, sem submetê-lo a fundamentos cautelares característicos da prisão que antecede o julgamento de mérito.

Consignou-se, por fim, que situações excepcionais, em que haja probabilidade de provimento dos recursos especial ou extraordinário, poderão ser resolvidas pela concessão cautelar, pela Corte competente, do efeito suspensivo pleiteado pela defesa, ou de *habeas corpus* preventivo voltado a impedir a execução da prisão, quando manifestamente presente a possibilidade de provimento dos recursos.

O acórdão prolatado no HC 126.292 cercou-se, portanto, de todas as cautelas, voltadas à garantia dos direitos fundamentais e ao seu equilíbrio com a efetividade do sistema jurídico-penal e com a dissuasão de comportamentos da defesa voltados exclusivamente à obtenção da prescrição das penas.

Nada obstante, submete-se, novamente, à discussão deste plenário a questão atinente à significação e ao alcance da presunção de inocência, a evidenciar que a norma não é clara como se alega e que sua interpretação e aplicação gera reiteradas perplexidades.

Antecipo **minha adesão integral aos fundamentos lançados no voto condutor do acórdão proferido no HC 126.292** e, em acréscimo, lanço fundamentos adicionais para consolidar minha compreensão na análise do âmbito normativo da presunção de inocência, à luz de sua origem histórica e do contexto atual de sua incidência, para bem delimitar seu sentido e a extensão constitucionalmente legítima da sua aplicação.

INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Conforme adverti nas premissas teóricas deste voto, a compreensão da norma jurídica demanda a interpretação do texto ou programa normativo e, simultaneamente, a análise do domínio normativo, da realidade à qual ele deve ser aplicado, do contexto fático em jogo (de que emanam os *distinguishings* e *overrulings* sucedâneos de eventual *mutação*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

constitucional).

À luz da compreensão de que a norma é o resultado da interpretação do texto/programa normativo e do seu âmbito de aplicação, passo à análise do âmbito da norma da presunção de inocência, considerando-se sua origem história e sua atualidade.

Anota SIMONE SCHREIBER (Presunção de Inocência. In TORRES, Ricardo Lobo et al. (org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 1004-1016) que dito princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, refletindo uma concepção do processo penal como instrumento de tutela da liberdade, em reação ao sistema persecutório do Antigo Regime francês, "*[...] no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão. [...]*". Sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na jurisprudência deste STF, vinha tratando como sinônimos as expressões *presunção de inocência* e *não culpabilidade*.

Por outro lado, o percuciente exame do Min. CELSO DE MELLO na ADPF 144 (em que se julgava matéria eleitoral) buscou as raízes históricas da norma em apreço, resgatando o debate que vicejou na doutrina italiana para salientar o caráter democrático da previsão constitucional da presunção de inocência na Carta de 1988, sobretudo na superação da ordem autoritária que se instaurou no país de 1964 a 1985, e para afirmar a aplicação extrapenal do princípio.

Assinalo, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta daquela temida pelos constituintes.

Inicialmente, ressalto que a *voluntas legislatoris*, além de insondável, revela-se inócua para a fiel interpretação do texto, em especial quando ultrapassadas três décadas desde a sua elaboração até o momento atual de verificação do âmbito de aplicação da norma.

São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela efetividade do direito penal, não em uma dimensão meramente punitivista, mas em sua função democrática de garantia das normas mais relevantes para o convívio social.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

O salutar amadurecimento institucional do país recomenda a interpretação da presunção de inocência sem sobrepô-lo a todos os demais princípios e direitos fundamentais inscritos na Lei Maior.

Como visto no capítulo precedente, nos julgamentos procedidos por esta Corte no HC 126.292, no ARE 964.246-RG e nas ADCs 43 e 44 (estas últimas, em sede cautelar), procedeu-se a um ***overruling*** **dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência**, não para um mero retorno à jurisprudência anterior a 2009, mas para estabelecer novas considerações sobre o âmbito de sua incidência e, com base nele, reconhecer a legitimidade da execução imediata de condenações, sucessivamente ao esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias.

De acordo com as lições de PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO (*Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mutações sociais. *In verbis*:

> "[...] *A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.*
>
> *Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> *vida real. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes*".

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. *Permissa venia*, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento do HC 84.079 reproduziu compreensão que, embora adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas e submetidas ao filtro constitucional em suas ações, procedimentos e decisões.

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência não deve ser tida como absoluta, cedendo ante requisitos qualificados como os exigidos para a condenação em segundo grau de jurisdição.

Essa nova postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis.

Primeiramente, o cuidado do legislador na definição dos requisitos para a condenação, as regras de produção probatória, a ampla possibilidade de interposição de recursos e *habeas corpus* no curso de um processo de natureza criminal, tudo a revelar que a execução da pena com o esgotamento das instâncias ordinárias não está a serviço de minimização de direitos e garantias individuais.

Em segundo lugar, a própria *ratio essendi* do princípio, que tem sua origem primeira na vedação ao Estado de, na sua atividade persecutória, valer-se de meios degradantes ou cruéis para a produção da prova contra o acusado no processo penal.

Deveras, é importante considerar que o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade – tem como raiz histórica a **superação dos abusos do processo inquisitorial, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência**.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

Com efeito, durante a Idade Média, sempre que não houvesse provas da prática criminosa, procedia-se ao uso da ordália como prova judicial: submetia-se o acusado a testes extremos, aos quais somente triunfaria mediante intervenção divina, que era então interpretada como um sinal de sua inocência. Caso sucumbisse ao teste, estava selada sua culpa.

Atualmente, o quadro é absolutamente diverso.

A garantia de um processo justo, em que o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação, é resguardada por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

No plano infraconstitucional, a presunção de inocência exige a atribuição do ônus da prova à acusação, impede que o silêncio seja interpretado como sinônimo de culpa e garante o exercício do direito de defesa, que se manifesta sempre depois da acusação e tem ao seu dispor todo um instrumental recursal e de *writs* que eliminam a possibilidade de arbítrio ou ilegalidade por parte das autoridades que intervêm no curso do processo.

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, seguindo-se o sempre valioso escólio de KONRAD HESSE (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.20), em textual:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

> "[...] *Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.*
>
> *Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.*"

Em outras palavras, ou bem se alinha a interpretação da presunção de inocência com a unidade da Constituição e do âmbito normativo vigente, ou se anulará a força normativa do sistema jurídico, mediante análise puramente formalista, divorciada da realidade social que pretende regular.

Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data maxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória.

Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema.

A elevação do risco de prescrição e o retardamento da prestação jurisdicional gera situações em que crimes gravíssimos, depois de ultrapassarem todos os obstáculos à sua descoberta, investigação, obtenção de provas de autoria e de materialidade, acabam enredados na teia de recursos que resulta na impunidade.

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria gera fenômeno similar ao que os juristas norteamericanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na compreensão da presunção de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

inocência em aparente descaso com a realidade subjacente, de elevada criminalidade, em todas as camadas sociais e, especialmente, nas altas esferas do Poder político.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um *constitucionalismo democrático*, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões.

Se a Suprema Corte é o último *player* nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema.

A toda evidência, não se está a defender uma obediência ou submissão irracional às demandas populares ou midiáticas. O que se propõe é um movimento da Corte em direção a compreensões juridicamente fundamentadas na Constituição, voltadas à concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de *sentimento constitucional*, de maneira a fortalecer a própria legitimidade democrática do constitucionalismo.

A necessidade de que a sociedade civil se identifique na sua Constituição deve orientar também as decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial quando se tem em mente que a Lei fundante de nossa República é, sem dúvida, produto de uma Assembleia Constituinte qualificada, mas que não foi escolhida pelos eleitores especificamente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

para o fim de elaborá-la, demandando a construção permanente deste diálogo com a sociedade.

Idênticas conclusões podem ser atingidas sob perspectiva metodológica diversa. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (*Teoria dos Princípios*. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma *regra*. *Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.

A ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, possibilitando a manipulação do instrumental jurídico em proveito da impunidade, sem vínculo com a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral no curso do processo.

O que ora se sustenta é uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria origem história, da qual se distanciou em demasia.

Como ensina KARL LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 556), a redução teleológica pode ser exigida "*pelo escopo, sempre que seja prevalecente, de outra norma que de outro modo não seria atingida*".

Ora, é exatamente disso que se cuida na espécie: a previsão, no art. 5º, LIV e LXI – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivos para a prisão, anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, mediante aplicação do devido processo legal, e sempre por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Destarte, deve-se reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios de regra de tratamento do acusado durante o processo, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a possibilidade de execução da pena, uma vez esgotados os recursos voltados à discussão da prova.

Com essas ponderações, passamos à última seção deste voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

DELIMITAÇÃO DO SENTIDO DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: RECONDUÇÃO DA PRESUNÇÃO JURÍDICA À NOÇÃO DE DISPENSA DE PROVA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Qual seria, então, o alcance do princípio da presunção de inocência? O que a Constituição garante ao indivíduo, ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória?

Juridicamente, o conceito de "presunção" está associado ao de prova. Cuida-se de dispensar a prova de determinado fato, que se presume verdadeiro com base na sua aparência. A presunção de inocência, portanto, significa que não se exige que alguém prove que é inocente. O acusado, portanto, não pode ser obrigado a provar que é inocente, porque a inocência se presume.

Cuida-se, porém, diante da unidade do Direito, de presunção *juris tantum*, ou seja: presume-se que o réu é inocente, mas admite-se prova em contrário.

Daí porque parte da significação do princípio em análise liga-o à sua eficácia como **regra processual**, voltada a "***garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa***" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 46.

Ou seja: "*para quebrar tal regra* [da presunção de inocência], *torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu*" (NUCCI, 2012, p. 46).

Considera-se a presunção de inocência um "***desdobramento do princípio do devido processo legal****, no qual são assegurados o* ***contraditório, a ampla defesa e que ninguém seja privado de sua liberdade sem o devido processo legal*** *(artigo 5º, LIV e LV, da CF/88)*" (SCHMITT, Ricardo Augusto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

Prisões provisórias: espécies, natureza e alcance. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: Editora Jus Podium, 2008, p. 327/342).

O princípio da presunção de inocência, como regra processual, desdobra-se em dois aspectos distintos:

1) **regra de tratamento**, em que a pessoa deve ser considerada inocente durante todo o decorrer do processo, até que haja o trânsito em julgado da condenação; e

2) **regra probatória**, incumbindo à acusação o ônus de produzir provas lícitas e cabais, suficientes para alterar a qualidade inicial de inocente para a de culpado.

Em resumo, "*o princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante ao banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc.*" (GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processual penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 114).

Consectariamente, a melhor interpretação do princípio da presunção de inocência é a que garante ao acusado da prática criminosa os seguintes direitos:

1) não ser obrigado a produzir prova de sua inocência nem a submeter-se a procedimentos voltados a produzir prova contra si mesmo, até o trânsito em julgado da condenação;

2) não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos; e

3) direito à absolvição em caso de dúvida razoável quanto à verossimilhança da acusação formulada, não se podendo interpretar em desfavor do acusado o silêncio da defesa ou a ausência de prova de que o réu é inocente.

Por fim, cumpre pontuar argumentos associados à análise econômica do direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

comportamentos dos indivíduos.

A decisão segundo a qual a interposição de recursos sucessivos pela defesa é dotada do efeito de impedir a execução da pena acaba por gerar **efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional**.

No plano da normatividade jurídica, os prejuízos advêm da elevação do risco de prescrição das penas, considerado o sistema processual brasileiro, no qual são infinitas e praticamente incontroláveis as possibilidades de interposição de recursos pela defesa, desde a instauração do inquérito até o julgamento final pelo Tribunal competente.

Na prática, significa incentivar a interposição sucessiva de recursos protelatórios, com fito de obter não a justiça, mas a impunidade.

Já no que diz respeito aos prejuízos para a prestação jurisdicional, conferir ao princípio da presunção de inocência a eficácia de impedir a execução da condenação contra a qual não caibam mais recursos ordinários incrementa a quantidade de incidentes manejados pela defesa em juízo, obrigando as instâncias ordinárias e também os Tribunais Superiores a dedicarem seu tempo, de resto já absolutamente escasso, à análise de pleitos sistematicamente despidos de juridicidade.

São vários os casos – e me dispenso de citá-los nominalmente neste voto - em que a interpretação ampliativa do princípio da presunção de inocência incentivou o comportamento hostil da defesa relativamente ao princípio da razoável duração dos processos e da prestação jurisdicional em tempo oportuno.

Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência e perda de coercibilidade do ordenamento jurídico como um todo, podendo culminar no reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de quase-anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

CONCLUSÃO

Ex positis, manifesto-me:

1) PRELIMINARMENTE, pelo **não conhecimento do *writ*, conforme remansosa jurisprudência**, porque: (a) **impetrado em violação à Súmula 691**, contra decisão de indeferimento de liminar; (b) **a impetração restou prejudicada pelo posterior julgamento do mérito do *writ* de origem** pelo Superior Tribunal de Justiça; (c) **a impetração é substitutiva do recurso constitucional cabível;**

2) NO MÉRITO, voto pela **manutenção da jurisprudência desta Corte**, assentando que **o princípio da presunção de inocência não se confunde com garantia de imunidade à prisão decorrente de condenação**, razão pela qual revela-se **compatível com a Constituição Federal o início da execução da pena a partir o esgotamento das instâncias ordinárias**, e compreendendo, à luz de uma análise sistemática da Lei Maior e das normas constitucionais que autorizam a prisão anteriormente à própria condenação, que **o sentido da presunção de inocência** estabelecido no art. 5º, LVII, da CRFB confere ao acusado e mesmo ao condenado os seguintes direitos:

1) não ser obrigado a produzir prova de sua inocência nem a submeter-se a procedimentos voltados a produzir prova contra si mesmo, até o trânsito em julgado da condenação;

2) não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos; e

3) direito à absolvição em caso de dúvida razoável quanto à verossimilhança da acusação formulada, não se podendo interpretar em desfavor do acusado o silêncio da defesa ou a ausência de prova de que o réu é inocente.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796027.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, na pessoa de Vossa Excelência cumprimento os eminentes Colegas, o Ministério Público, os advogados e todos que nos acompanham.

Senhora Presidente, gostaria inicialmente, independentemente das posições de cada Colega, de enaltecer a qualidade dos votos, dos debates, o alto conteúdo jurídico dos votos aqui proferidos. E desejaria fazê-lo, cumprimentando a todos, no voto trazido pela Ministra **Rosa Weber**. Seja no conteúdo, seja na forma, o voto trazido por Sua Excelência é primoroso. Fez-me - disse a ela em particular, vou dizer de público - ter uma inveja boa, porque, com a técnica do voto de Sua Excelência, nós só ficamos sabendo sua posição quando já chegava ao seu desfecho. Fez-me lembrar, Ministro José **Celso de Mello**, votos que eu ouvia há muitos anos do Ministro José Paulo **Sepúlveda Pertence**, em que Sua Excelência construía a dialética ao longo de seu voto, e ficávamos nós naquela situação: qual será o deslinde desse brilhante voto? Seja um voto com o qual concordemos ou do qual discordemos, é um voto, de fato, extremamente respeitável.

Gostaria de dizer, Senhora Presidente, que minha ideia era ler meu voto em sua completude - como todos nós gostaríamos de fazer -, mas não vou fazê-lo, diante do adiantado da hora e da necessidade da colheita dos votos dos eminentes Colegas mais antigos da Corte, com os quais, especialmente, sempre aprendo - como também com todos -, tendo em vista o respeito que todos sabem que eu tenho pela antiguidade. Eu sou daqueles que ainda entendem que antiguidade é posto, e que a Presidência deve ser sempre respeitada. Então, é assim que eu me conduzo aqui e na minha vida, desde antes de assumir este posto - Vossa Excelência sabe disso -, desde quando era advogado, em Brasília, desde 1995.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

Gostaria, Senhora Presidente, de destacar um ponto. As premissas trazidas pelo Ministro Luís **Roberto Barroso** em seu brilhante voto são importantes; e nós temos que destacá-las. Desculpe-me, eu não estou aqui a contrapor aquilo que Vossa Excelência disse; mas é importante dizer que, muitas vezes, faz-se justiça também aos mais desvalidos.

Aqui eu gostaria de citar - eu já fiz isso em voto proferido na Turma - o HC 143.247, em que fiz menção, Senhora Presidente, ao belíssimo trabalho do Conselho Nacional de Justiça no que se refere às audiências de custódia. E os números são impressionantes. Eu mesmo tomei conhecimento deles quando Vossa Excelência me designou para falar sobre eles no Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, que tem uma Seção que acompanha essa questão das prisões, das detenções que são feitas sem os devidos fundamentos. Eu fiquei impressionado, porque não tinha conhecimento dos fatos. Essa política pública - vamos chamar assim - que foi estabelecida pelo Poder Judiciário por meio do Conselho Nacional de Justiça, na presidência do Ministro **Ricardo Lewandowski**, à qual Vossa Excelência dá continuidade e que, com certeza, é uma política extremamente relevante, tem números impressionantes, que, embora não digam respeito à questão direta que está em julgamento, entendo importante mencionar, até por homenagem a Vossa Excelência, atual Presidente do Conselho Nacional de Justiça, e ao Ministro **Ricardo Lewandowski**, que foi aquele que iniciou esse programa.

Vejam, eu fiz esse levantamento em 2017. Quanto ao programa das audiências de custódia, na verificação que foi feita de 24 de fevereiro de 2015 a junho de 2017 - portanto, 2 anos e 4 meses, ou 28 meses -, Ministro **Fachin**, eminentíssimo Relator deste feito, de 259 audiências de custódia, 45% resultaram em liberação imediata daqueles que foram apresentados por flagrância ao juiz, com ou sem medidas cautelares, muitas delas com medidas cautelares, o que representa 116 mil pessoas, que, se não fossem as audiências de custódia, estariam presas sem fundamento.

E aqui eu disse, no voto proferido no HC 143.247, na Segunda Turma, que nós estamos falando exatamente, Ministro **Barroso**, dessa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

população mais pobre, da população que realmente não tem acesso, muitas vezes, à Justiça, porque, como mencionou o Ministro **Gilmar Mendes**, a Defensoria Pública não tem estrutura suficiente para atender toda essa população. E essa política pública colocou em liberdade imediatamente 116 mil pessoas. Não estamos falando de uma ou duas pessoas. Entre essas, Ministra **Rosa**, em relação a 12 mil dessas pessoas foi aberta investigação para apurar tortura e maus-tratos - doze mil! Isso é um reflexo da sociedade desigual que nós temos e da falta de Justiça concreta na realidade social.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, Ministro Toffoli, só para aderir, eu considero e sempre homenageio o Ministro Ricardo Lewandowski pela iniciativa. A audiência de custódia tem todo o meu apoio e foi uma inovação revolucionária, e, portanto, nós estamos de pleno acordo quanto a isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente nesse sentido que nós estamos fazendo, o Supremo está fazendo, o Conselho Nacional de Justiça está olhando para essa população.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E o Ministro Lewandowski, dou o testemunho, que fez um trabalho por todo o Brasil, comparecendo às audiências em todos os Estados brasileiros para apresentar, sou testemunha da continuidade até pelas dificuldades que ainda há, especialmente no interior. Mas o Ministro Ricardo Lewandowski, seja dito que, entre outros muitos trabalhos que deixou, o da audiência de custódia representa um passo muito importante para que a gente tenha esses números que Vossa Excelência apresenta.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, também eu gostaria de dizer que, tal qual a Ministra **Rosa Weber**, eu sigo o princípio da colegialidade e tenho aplicado, nos HC que, monocraticamente, decido, o precedente de 2016, já multicitado por todos que já se manifestaram. E o tenho feito - inclusive, o faço na Turma, Ministro **Fachin**. Vossa Excelência é testemunha. Por exemplo, recentemente, tivemos uma divergência quanto à aplicação da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

TR ou do IPCA em matéria de reajuste de ações trabalhistas. Havia inúmeras ações de Vossa Excelência de que eu havia pedido vista, e, no momento em que a Turma, num outro caso, que não era esse que eu estava com vista, firmou entendimento no sentido da posição de Vossa Excelência, eu devolvi todas as vistas acompanhando Vossa Excelência, embora já tivesse decidido monocraticamente no outro sentido. E assim sempre tenho feito.

No entanto, como também é de conhecimento de todos, quando o tema volta ao Pleno, eu entendo como reabertas a tese e a questão. Eu entendo que não há vinculação deste Plenário sequer a súmula vinculante, muito menos a repercussão geral – do contrário, nós petrificaríamos o Direito.

Vejam que o Ministro **Menezes Direito** – de saudosa memória, a quem tive a triste honra, pelas circunstâncias, de suceder nesta cadeira -, Sua Excelência colocou o RE 578.635, do Rio Grande do Sul, em repercussão geral. E o que o Tribunal assentou sob a relatoria e na voz de **Menezes Direito**: Direito Tributário, contribuição social destinada ao Incra, exigibilidade das empresas urbanas, ausência de repercussão geral. O Tribunal recusou o recurso extraordinário ante a ausência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ficaram vencidos, na ocasião, o Ministro **Gilmar Mendes** e o Ministro **Marco Aurélio**.

Eu, já como juiz, coloquei esse mesmo tema no Plenário Virtual novamente. E o que sucedeu? Trata-se do RE 630.898, do Rio Grande do Sul, julgado pelo Plenário Virtual e finalizado em 3 de novembro de 2011:

> "DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. REFERIBILIDADE. RECEPÇÃO PELA CF/88. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/01. NATUREZA JURÍDICA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.
>
> Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

Veja, não há petrificação de jurisprudência, não há. E o tema vindo ao plenário maior - seja o plenário maior virtual, seja o plenário maior físico, em que ora estamos aqui - entendo pela possibilidade de se reabrir, como diria o Ministro **Marco Aurélio**, o embrulho e enfrentarmos a questão de fundo.

Por isso que vou pedir a mais respeitosa vênia, tendo em vista os brilhantíssimos e bem fundamentados votos proferidos, para deles divergir em parte, porque minha posição é de todos conhecida desde o julgamento da Medida Cautelar nas ADC 43 e 44, de relatoria do Ministro **Marco Aurélio**.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência votou atendendo ao pedido sucessivo, o segundo pedido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O pedido sucessivo, que não é nem tanto ao mar nem tanto à terra. A mim impactaram os dados trazidos pela Defensoria Pública, porque a Defensoria Pública atende exatamente à população desvalida. À Defensoria Pública, por lei, é vedado atuar na defesa de pessoas com condições econômicas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E ela, Defensoria Pública, não está atuando na Lava-Jato em Curitiba!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não sei, provavelmente não. A não ser, eventualmente, naqueles casos em que a pessoa não apresenta advogado, e aí se faz uma nomeação **ad hoc**, por ordem do próprio magistrado.

De maneira lhana e sempre bastante polido, o Ministro Luís **Roberto Barroso** fez menção àquele meu posicionamento, até antes mesmo de eu votar, mas Sua Excelência já tinha conhecimento de que eu assim votaria, sugeriu, inclusive, que eu refletisse sobre a questão relativa ao momento jurídico do ato processual dentro do STJ, que seria aquele aferível para fins de uma eventual execução da pena, numa ideia de trânsito em julgado ficto, que foram os termos, salvo engano, que o Ministro **Teori Zavascki** utilizou naquele HC anterior.

Esta é a minha posição, de que todos têm conhecimento, e a Ministra

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

Rosa Weber lembrou aqui, com teoria jurídica respeitável, que não há uma decisão certa e uma errada.

Se nós formos lá na moldura de Hans Kelsen, talvez, o maior jurista do século XX – como escrevi na apresentação de um livro, subscrevendo a sugestão de um outro autor, se houvesse um Prêmio Nobel na área jurídica, Kelsen, com certeza, deveria ter sido agraciado com tal prêmio -, quando esse eminente professor e teórico do Direito, que foi ministro da Corte Constitucional austríaca, em sua teoria pura, fala da moldura, ele diz o seguinte: as lacunas normativas vão ser preenchidas pelas decisões específicas por parte do intérprete, do magistrado, e, dentro dessa moldura, realmente, muitas vezes, de acordo com a situação jurídica, cabem diferentes olhares.

Mas o que sua Excelência o eminente professor e teórico Hans Kelsen dizia também é que nós temos que procurar, dentro do próprio sistema jurídico, os fatores de preenchimento dessas lacunas. E daí ele ter denominado sua obra de teoria pura. Já na abertura de sua obra, ele é muito claro e específico ao dizer que não desconhecia outras ciências, realidades, outros fatores; mas que teríamos que ficar dentro do mundo normativo. E daí o nome *Teoria Pura do Direito*, criando uma metodologia que todos nós, de uma forma ou de outra, acabamos por seguir, visto que, no que diz respeito pelo menos à pirâmide das normas, não há controvérsia.

Em relação a se ficar dentro da moldura normativa ou buscar fatores externos ao Direito, não desconheço que surgiram, pós-Teoria Pura do Direito, o novo constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, o realismo jurídico, a teoria econômica do direito, e tudo isso é hoje aplicável, havendo a discussão de qual é o parâmetro metodológico mais adequado.

Talvez eu seja um tanto quanto conservador, Ministra **Rosa Weber**, porque eu acabo seguindo muito mais o velho Kelsen e ficando dentro do escopo normativo e busque soluções, sem desconhecer a realidade, sem desconhecer o realismo jurídico, sem desconhecer os fatores sociológicos, econômicos e consequencialistas, dentro da ordem jurídica normativa.

E é por isso que já disse aqui outras vezes, seguindo um professor

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

meu que me honrou sendo colega em dois colegiados, inicialmente, em 1989, Ministro **Celso**, Ministro **Alexandre**, Ministro e Professor **Ricardo Lewandowski**, no colegiado da Congregação do Largo de São Francisco - faço referência a Eros Grau – e, depois, muitos anos depois, aqui no Supremo Tribunal Federal. Sua excelência sempre disse que os princípios não brigam entre si. As normas, inclusive os princípios, incidem no campo normativo, eles não brigam entre si. O Ministro Eros Grau é crítico da metodologia da ponderação, como todos sabem, e e ele aqui tantas vezes o repetiu.

Por isso, embora tenha que o voto por escrito, vou destacar, no momento, o campo normativo. Vamos à Constituição e ao Código de Processo Penal.

Art. 5º da Constituição, que trata exatamente dos Direitos Fundamentais e dos Direitos e Garantias Individuais:

"Art. 5º (...)

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência admite que participe do seu raciocínio?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Com certeza, com prazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência assenta que é possível haver sanção sem a culpa estar selada? Execução da pena é sanção, sanção penal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É a pena-sanção e qual é o momento que se passa a ter a pena-sanção. É esse ponto que eu vou desenvolver, para chegar à resposta da pergunta de Vossa Excelência.

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

Aqui, nós temos - e tivemos até 2011, quando o legislador ordinário alterou o dispositivo do Código Processo Penal - uma lacuna do ponto de vista do direito constitucional: O que é ser culpado? Essa lacuna, dentro

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

da metodologia kelseniana, deve ser resolvida pelo juiz.

O Supremo, em 2009, veio a decidir no sentido de aplicar o trânsito em julgado como preenchimento da lacuna, esgotadas todas as hipóteses de vias recursais, superando a interpretação que fazia do vetusto CPP, o qual não dava efeito suspensivo ao recurso extraordinário - naquela época, se tratava do extraordinário; hoje, do especial, no Superior de Justiça.

Em 2011, sobreveio a alteração normativa, alterando-se o art. 283. E a regra específica passou a dizer o seguinte:

> "Art. 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva."

O legislador ordinário, inclusive, positivou uma posição que o Supremo veio a tomar do ponto de vista interpretativo, dizendo que a prisão deverá ter fundamento.

O dispositivo constitucional, todos nós sabemos, surgiu para acabar com a prisão administrativa, que era prevista no vetusto CPP - ainda vigente, mas com alterações. Esse capítulo foi derrogado por legislação posterior, mas, antes da legislação, pela não recepção pela Constituição de 88, exatamente por conta do inciso LVI do citado art. 5º da Constituição Federal.

Pois bem. Então, teríamos, aqui, a necessidade de fundamentar a prisão. E qual é o momento de se considerar alguém culpado? Segundo a interpretação em que se determina que o trânsito em julgado de todos os recursos possíveis é o momento em que a prisão pode ser aplicada como "prisão-sanção", seria o momento do trânsito em julgado tanto do recurso especial, no Superior de Justiça, quanto do recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal. E aqui a norma é clara.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

permite mais um aparte?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E traria também à balha o § 1º do artigo 387 do Código Processo Penal:

"Art. 397.....

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente," - Isso ao prolatar sentença condenatória ou acórdão condenatório - "sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta."

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sem falar da Lei de Execuções Penais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vejam, a preventiva é sempre possível em qualquer fase, desde que atendidos os requisitos do 312 do Código de Processo Penal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E a Lei de Execução Penal sempre diz "com sentença transitada em julgado", e não com "culpabilidade".

Mas por que, então, eu acabei por votar nas Ações Declaratórias 43 e 44 não pelo trânsito em julgado, acompanhando o eminente Relator, Ministro **Marco Aurélio**, que assim o propôs? É que Sua Excelência suscitou que havia também o pedido subsidiário e a Defensoria Pública trouxe vários elementos a respeito desse pedido, e, mais do que isso, eu disse em meu voto: "Há existência de repercussão geral". Com a repercussão geral, com a devida vênia daqueles que entendem de modo diferente, eu entendo que não existe mais um recurso extraordinário subjetivo, porque, com a Emenda Constitucional 45, com a criação do sistema de repercussão geral, a legislação que o regulamentou e nosso Regimento, todas essas normativas transformaram o recurso extraordinário em algo objetivo.

Eu já disse, várias vezes, que tenho muita resistência em estabelecer súmulas vinculantes em matéria penal e repercussão geral em matéria

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

penal, mas se estabelecem. Recentemente, por exemplo, coloquei dois temas em repercussão geral em matéria penal. Dra. Raquel Dodge, nos dois casos, trata-se de recursos do Ministério Público! Recursos do Ministério Público. Vou citar esses exemplos para demonstrar que a repercussão geral em matéria de recurso extraordinário só ocorre na hipótese de isso irradiar para outras circunstâncias, e não tendo em vista o caso subjetivo e concreto. Quais são esses casos que eu coloquei em repercussão geral e os eminentes Colegas acompanharam no sentido de entender que havia matéria constitucional e que o tema suscitava repercussão geral? Repercussão Geral no RE nº 1.055.941/SP, recorrente Ministério Público. A ementa diz o seguinte:

> "(...) PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. (...) "

O Tribunal **a quo**, no acórdão, entendeu que essa transferência era nula. O Ministério Público recorreu com o extraordinário. Eu entendo que esse é um tema de natureza constitucional, e a Corte assim o entendeu no Plenário Virtual, acompanhando a proposição, e nós vamos enfrentar esse tema de fundo, do qual se reconheceu a repercussão geral.

O outro caso - Repercussão Geral no ARE com Agravo nº 1.042.075/RJ, recorrente Ministério Público:

> "CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

> COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISO XII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS (...)."

Aqui, o que aconteceu? A vítima foi assaltada; o celular do assaltante caiu no chão; a vítima levou o aparelho celular à delegacia de polícia; a delegacia de polícia acessou o aparelho e logrou localizar o suposto assaltante, e depois o que houve é que o acórdão recorrido entendeu que essa prova era nula, porque teria que haver uma ordem judicial. Essa prova é acessível ou não é acessível? Coloquei em repercussão geral.

Agora, vejam, esses temas acabam por sobrestar uma série de decisões. Enquanto não for julgado pelo Plenário Maior, Ministro **Celso**, sobrestam-se várias ações penais. Aí pode até se discutir: "Mas como é que fica a prescrição? Vai-se suspender a prescrição durante esse sobrestamento?" Nós não temos ainda um posicionamento claro sobre isso. E nós sabemos que nós temos muitas repercussões gerais para julgar. Eu estou, inclusive, dando preferência a essas de matéria penal, para que nós as enfrentemos logo, porque existe esse drama da necessidade de uma prestação jurisdicional célere, principalmente em matéria penal. Mas vejam que os limites da repercussão geral são bem afunilados e objetivaram, então, o recurso extraordinário para questões que tenham irradiação em inúmeras outras possibilidades fáticas. Por isso, numa leitura dentro do enquadramento normativo que diz que é o trânsito em julgado, esse trânsito em julgado pode demorar muito para chegar, realmente. E o recurso extraordinário não tem mais subjetividade, então ele perdeu essa qualidade. Daí por que aderi ao pedido sucessivo, no sentido de aguardar a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Até porque - e um outro argumento que usei em meu voto - o Superior Tribunal de Justiça, pelo mandamento constitucional, não é somente aquele que uniformiza a legislação federal, mas ele também uniformiza a jurisprudência. Ele uniformiza a jurisprudência de 27 tribunais de justiça e de cinco tribunais regionais federais, no que tange à aplicação e à interpretação da lei federal. A Defensoria, neste ponto, demonstrou divergências enormes entre tribunais de justiça - citando, mais

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

especificamente, em mesmas matérias e temas jurídicos -, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em determinado tempo, o de São Paulo, mais punitivo, o do Sul, mais liberal. Os recursos, em São Paulo, apresentados pelos acusados, os no Rio Grande do Sul, sobre o mesmo tema, pelo Ministério Público. E muitas vezes, Ministro **Barroso** - por isso, fiz questão de citar um caso meu, em que eu dei provimento do recurso extraordinário, o caso desse promotor -, nós damos provimento ao recurso da acusação. E o STJ também o faz. O Superior de Justiça também o faz.

Em relação aos dados trazidos por Vossa Excelência, me sinto particularmente honrado com a pesquisa que Vossa Excelência fez, junto com o eminente e respeitável Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogerio Schietti - pessoa por quem tenho uma admiração particular e especial, de uma competência e de um conhecimento jurídico admiráveis. Ao fazer esse estudo, eu me senti honrado porque era uma resposta, uma maneira de responder àquela proposição de uma terceira via para a solução desse drama da letra da Constituição e da lei, baseada em uma realidade que nós não desconhecemos. Pois bem, mas como já tivemos oportunidade de dialogar em privado, Vossa Excelência não colocou a questão dos **habeas corpus**. Não houve a pesquisa e, muitas vezes, como foi dito no voto do Ministro **Gilmar Mendes**, os **habeas corpus** são substitutivos de recurso especial ou de RE.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A pesquisa está em curso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Está em curso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Toffoli, se Vossa Excelência me permitir.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Na última sessão que tratamos do tema, eu trouxe uma pesquisa que fiz quando ocupava o honroso cargo de Presidente e verifiquei que, nos últimos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

quinze anos, a média de concessão de *HC*s e *RHCs*, nesta Suprema Corte, foi em torno de 22,5%, ou seja, quase um quarto dos *HC*s que aqui aportaram - o que é um número muito significativo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só para observar, eu, no meu voto, fiz a ressalva de que nós não estaremos restringindo os *habeas corpus*, portanto, não sendo afetados pela posição que sustento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas isso mostra, *data venia*, o grau de possíveis equívocos cometidos pelas instâncias inferiores.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É que boa parte desses *habeas corpus*, Ministro Lewandowski - e não contesto as estatísticas, porque eu não vi, mas, na Primeira Turma, certamente não tem esse percentual -, não é para absolvição. Muitas vezes é para mandar reapreciar uma determinada questão, muitas vezes diz respeito à questão do regime, possibilidade progressão, quer dizer, os casos de efetivo impacto sobre a liberdade são bem mais modestos.

Agora, eu concordo com o Ministro Toffoli e com Vossa Excelência que qualquer pessoa que tenha passado um dia presa injustamente é terrível. E, portanto, eu acho que o sistema deve ter válvulas de escape. O único argumento que eu observei é que tudo que é humano na vida tem uma margem de erro e uma margem de risco, mas que a gente não deveria mudar todo o sistema para uma margem de risco relativamente pequena. Mas estou de acordo com Vossa Excelência e com o Ministro Lewandowski que o *habeas corpus* deve ser essa válvula de escape. Então, não temos uma divergência nisso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E até dialogando com a pesquisa de Vossa Excelência - não sei se foi isso que levou o eminente Ministro **Gilmar Mendes**, no voto proferido hoje, a falar a respeito de um trânsito julgado progressivo, em voto também brilhante, bem fundamentado, indo à normativa italiana e à teoria jurídica para dizer que poder-se-ia entender como já transitado em julgado algum HC recusado - Sua Excelência não está aqui para

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

reafirmar, mas pelo menos foi o que eu entendi de seu voto. Se o acusado ou condenado já se adiantou com HC, que foi rejeitado, o REsp dele, que estaria lá aguardando julgamento futuro, já poderia ser desconsiderado para fins de trânsito em julgado ficto, na medida em que Sua Excelência, há praticamente um ano, na Turma, aderiu a essa tese de se aguardar até a decisão do Superior de Justiça. E hoje trouxe essa ideia de um trânsito em julgado progressivo, tendo em vista que os HC são substitutivos.

E vejam aqui a importância desse diálogo, a importância desse modo de proceder. É extremamente construtiva essa dialética. Ao fim e ao cabo, sairá uma decisão, aquela referendada pela maioria - os votos vencidos ficam para registro da história. O que é importante, como salientou o voto da eminente Ministra **Rosa Weber**, é a questão da colegialidade.

Dentro dessa proposição que eu fiz de tentar um caminho do meio em relação ao pedido subsidiário nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, eu trago meu voto - não vou fazer a leitura dele, já falei bastante, muito mais do que deveria. Eu gostaria de destacar alguns pontos, Senhora Presidente, a respeito de algo em que já avançamos muito em relação ao chamado combate à impunidade.

Vossa Excelência, quando aqui assumi a cadeira, estava na Primeira Turma, para qual eu fui, na época presidida pelo querido amigo comum de todos nós **Ayres Britto**, Ministro **Ayres Britto**, quando ainda usava o **Carlos Britto** como nome de Ministro. Depois, ele o alterou - carinhosamente ele disse: "Eu mudei para Ayres Britto porque você adotou Dias Toffoli, eu achei bonito colocar os dois sobrenomes". É por isso, Ministro **Marco Aurélio**, que achamos acórdãos de **Carlos Britto** e de **Ayres Britto**, mas é exatamente o mesmo e brilhante Ministro, e hoje um brilhante advogado.

Refiro-me, Senhora Presidente, à questão de entender que, para fins de prescrição, as condenações que têm apelos pela via especial ou extraordinária não admitidos na origem e decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo mantendo a inadmissão não impedem o marco da coisa julgada, lá no passado, para fins, Dra. Raquel Dodge, de não haver, pelo uso e abuso dos recursos infundados, tanto que não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

admitidos na origem, a contagem do prazo prescricional. Quando aqui assumi, essa jurisprudência era pontual, havia poucos precedentes.

Digo no voto escrito:

> "Digno de nota, ainda, o entendimento desta Corte de que os recursos especial e extraordinário não admitidos na origem, em decisões assim mantidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, não têm o condão de impedir a formação da coisa julgada.
>
> Ilustrativo, a esse respeito, o voto condutor do julgado proferido no ARE nº 806.216/DF-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria."

Então, temos precedentes nesse sentido tanto na Primeira quanto na Segunda Turmas, embora sabedor de Colegas que têm reservas a essa posição, mas que a têm, em razão de formação de maioria na Turma, acompanhado.

Destaco do ARE nº 806.216/DF-AgR:

> "É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o indeferimento do recurso extraordinário na origem, por inadmissível, e a manutenção dessa decisão pela Corte não têm o condão de obstar a formação da coisa julgada.
>
> Confira-se julgado específico sobre o tema:"(HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/9/05)
>
> > '(...) o trânsito em julgado, da condenação é marco divisório de duas espécies de prescrição. Com o trânsito em julgado termina a fase da pretensão punitiva. E tem início a fase da prescrição executória.
> >
> > Mas o condenado pode, sim, impedir e obstar a formação da coisa julgada. Basta interpor recursos especial e extraordinário. Indeferidos, porque inadmissíveis, pode o condenado lançar mão dos agravos de instrumento. E até mesmo dos agravos regimentais, caso tenham o seguimento negado. Pode, ainda, manejar embargos de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

> declaração. Porém, não pode ser olvidado que o recurso capaz de impedir a coisa julgada é o recurso admissível. E, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a inadmissibilidade, confirmando o que decidido no juízo de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento retroagem'".

Consigno isso em **obiter dictum**, Senhora Presidente, para dizer que, com o fato de se aguardar o STJ, não se está aqui a estabelecer a possibilidade de prescrição, porque com a inadmissão do recurso especial na origem a manutenção disso no STJ, nossa jurisprudência é de que a coisa julgada se formou lá atrás. Então, não há que se falar em contagem de prazo prescricional. Essa tem sido a sólida posição das duas Turmas desta Corte.

Também há um outro ponto em que já toquei aqui nos debates, Senhora Presidente - o relativo ao tribunal do júri. Já manifestei, na Turma, que, em razão do mandamento constitucional, vislumbro, todavia, uma única possibilidade de imediata execução de julgado sem aguardar o Superior Tribunal de Justiça, exatamente quando se tratar de decisão confirmatória de condenação emanada do tribunal de júri, em decorrência da soberania de seus vereditos, cuja matriz está na própria Constituição (art. 5º, XXXVIII, c). Destaco que tive a oportunidade de referir, em julgamento ainda na Primeira Turma, no HC 114.214, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, o seguinte, citando obra de Souza Nucci, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**:

> "A soberania dos veredictos é a alma do tribunal popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de uma parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto acima do qual inexiste outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

E digo também que, a par desses conceitos, pode-se dizer que o princípio constitucional dos veredictos confere à decisão dos jurados, em tese, um caráter de intangibilidade quanto a seu mérito. E somos sabedores que as oportunidades recursais em matéria de decisão do Tribunal do Júri se referem a questões formais.

Pois bem, faço esse **obiter dictum** exatamente para comungar de temas já debatidos por colegas, em especial pelo Ministro Luís **Roberto Barroso** e, agora, pelo Ministro **Luiz Fux**, que citou decisões condenatórias de tribunal do júri em que a pessoa sai livre. Realmente, isso tem que acabar!

O tribunal do júri sentencia por intermédio do juiz-presidente. A decisão é do júri e quem a prolata é o juiz togado. Declarando esse a culpabilidade, a soberania do júri impõe a imediata prisão. Fica aqui como um **obiter dictum**, mas também como um fundamento, na medida em que já afasto as decisões do tribunal do júri da possibilidade de uma não execução imediata da pena. Tribunal do júri: execução imediata da pena.

E concluo, Senhora Presidente - acabei por não fazer a leitura do voto, farei a juntada dele -, que o sistema processual penal endossado pela jurisprudência da Corte dispõe de mecanismos hábeis - esses que acabei de citar -, para obstar o uso abusivo e protelatório dos recursos criminais.

E menciono aqui a questão de ordem que foi citada no voto do Ministro **Gilmar Mendes,** um caso paradigmático em que, faltando três horas para a prescrição, o recurso extraordinário deu entrada no Supremo Tribunal Federal. Era tão **suis generis** que, quando fui deliberar, Ministro **Celso de Mello**, chamei testemunhas para que não houvesse contestação de que despachara depois da meia-noite - assinei a decisão por volta de 11:30h. Ela foi atacada, evidentemente, por agravo. Levei o tema à Turma, sugerindo que viesse ao Plenário - porque era algo inédito - e veio. E o Plenário placitou posição - salvo engano, com o voto em contrário do eminente Ministro **Marco Aurélio** - em relação à possibilidade da decretação monocrática do trânsito em julgado. Mas ali o fiz por quê?

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

Fundamentado num abuso de recorrer. Houve, perante o Superior Tribunal de Justiça, cerca de vinte e sete recursos num mesmo processo: abuso de recorrer. E daí também, diante dessa realidade, a proposição que, respeitosamente, faz, na data de hoje, o Ministro Luís **Roberto Barroso**, de que o marco seria a primeira decisão no Superior Tribunal de Justiça. Vou refletir sobre isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, voltando um pouco atrás, quanto aos pronunciamentos do Tribunal do Júri. A ordem jurídica prevê apelação e esta pressupõe a ausência do trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas é limitada, ela não devolve a matéria de mérito, da minha óptica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – São quatro situações jurídicas em que se tem a adequação - para não utilizar o termo que se vem utilizando quanto ao *habeas corpus*, conheço e não conheço, porque não é recurso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Tem aquela famosa hipótese da possibilidade do recurso quando, manifestamente contrária a decisão, seja condenatória, seja absolutória...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Posterior à sentença de pronúncia.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Que poderia, em tese, ser uma questão relativa a mérito, mas nunca é mérito, porque o Tribunal não pode absolver ou condenar, o que ele pode é mandar refazer o júri. Mas aí a matéria de mérito não é devolvida, ele pode determinar que se faça um novo júri; ele não decidi pelo júri.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Existe a possibilidade de decisão contra a prova dos autos também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E, nesse caso, manda-se fazer novo Júri, como diz o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas ponderei porque não admito, frente ao que venho sustentando, a possibilidade de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

se ter a execução a partir do que se proclama como soberania do Júri. Reconheço a soberania, no que não se pode adentrar o mérito, que levou os jurados à conclusão, mas nem por isso chego à possibilidade de execução imediata do que decidido, sem aguardar-se o decurso do prazo da apelação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Respeito e admiro as posições de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Assim votei na Primeira Turma e fiquei vencido. Foi Relator, se não me falha a memória, o Ministro Luís Roberto Barroso, ou fui o Relator, são inúmeros os *habeas corpus* em que implemento liminar. A Turma não "conhece do *habeas*" e acaba revogando-a, ainda que configurado, por exemplo, excesso de prazo, 7 anos, da preventiva.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu citei exatamente um caso da relatoria de Vossa Excelência em que me manifestei afirmando essa proposição, já há muitos anos, que a decisão do Tribunal do Júri é soberana. Portanto, tem que ser executada de imediato.

Então, eu ressalvo do meu entendimento as decisões condenatórias emanadas por parte de tribunal do júri. Aliás, já debatemos aqui que essa questão dos homicídios no Brasil é de uma gravidade sem igual. Realmente, é uma infelicidade que temos de enfrentar. É uma injustiça que ocorre com as vítimas e com as famílias das vítimas não ter a justiça realizada e sequer ter a investigação feita de maneira adequada.

Pois bem, então, o que concluo aqui, Senhora Presidente – e, para mim, é muito importante, na medida em que iniciei dizendo da metodologia e da teoria aplicada ao voto - é que se vai se seguir uma metodologia dentro da moldura kelseniana, tem que se aplicar o trânsito em julgado. Para utilizar um termo do querido Professor Octávio Luiz Rodrigues, que desenvolve esse tema em matéria de Direito Civil, em obra ainda inédita, que foi sua defesa de tese de livre-docência na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que deve ser publicada em breve, ele fala numa crítica ao novo Direito Civil, da ideia de um direito

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

civil permeado pelos princípios constitucionais - a obra dele vai nessa linha. Esse eminente Professor, um discípulo cearense do nosso querido Professor Antonio Junqueira de Azevedo, diz exatamente que, no Direito Civil, os fatores de correção têm que ser - e ele usa essa expressão - encontrados dentro do próprio Direito Civil. Tenho certeza de que será uma obra de referência e que muito nos fará refletir. Um querido amigo comum nosso, do Ministro **Fux**, do Ministro **Barroso**, Gustavo Tepedino, participou dessa banca, que foi realizada no início de dezembro do ano passado. Realmente, são bastante interessantes as reflexões que traz esse professor no âmbito do Direito Civil.

Mas, aqui, trazendo essa ideia dos fatores de correção, eu os estou procurando, para uma via do meio, não na sociologia, não no realismo, mas no próprio sistema jurídico. No sistema jurídico, pois com a Emenda Constitucional nº 45, o recurso extraordinário se objetivou; ele não é mais subjetivo, como já o fundamentei, e, portanto, a repercussão geral deu um caráter diferenciado ao recurso extraordinário. E, daí, então, aceitar, dentro de fatores de correção do próprio Direito Penal, Processual Penal, que a solução devida a ser aplicada ao caso é aguardar-se a possibilidade de a não execução ocorrer até a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

E assento, Senhora Presidente, que isso não impede a decretação de prisão com fundamento no art. 312. Mas, aí, é uma prisão de caráter cautelar, com fundamento. E isso não impede que haja o trânsito em julgado, segundo nossa jurisprudência, do recurso especial não admitido e confirmada a não admissão pelo Superior - e, aí, então, não corre a prescrição. Há também a minha ressalva quanto ao tribunal do júri, ou seja, há algumas condicionantes, mas todas elas - afirmo e reafirmo - todas elas fundamentadas em normas constitucionais ou legais dentro da metodologia, da dogmática jurídica, todas fundamentadas no Direito.

É assim que voto, Senhora Presidente, pedindo vênia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -Então, Vossa Excelência acompanha a divergência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não exatamente, Senhora Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque tem as ressalvas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Em relação a essa questão relativa à progressividade. Pelos meus fundamentos, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, então, Vossa Excelência está divergindo para..

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Quanto ao dispositivo de se aguardar o Superior, sim; a parte dispositiva, sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ao Superior Tribunal, nesse ponto, Vossa Excelência acompanha a divergência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, para se aguardar a possibilidade do recurso especial. Mas é que eu coloco todas essas situações.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E, portanto, neste caso, Vossa Excelência está deferindo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Deferindo, em parte, a ordem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Em parte a ordem, porque o pedido era para..

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Existe o pedido sucessivo. Concedo a ordem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Concede a ordem, na forma do pedido sucessivo, tal como, no caso, do Ministro Marco Aurélio.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130108.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Conforme destacado pelo eminente Relator, Ministro **Edson Fachin**, ao indeferir o pedido de medida liminar no presente **habeas corpus** e afetar seu julgamento de mérito ao Plenário, o tema objeto das ADC nº 43 e 44, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, "precede, abarca e coincide com a matéria de fundo versada no presente, relativa à possibilidade de execução criminal após condenação assentada em segundo grau de jurisdição".

Exatamente por essa razão, reputo pertinente fazer remissão aos fundamentos do voto que proferi em 5/10/16, neste Plenário, no julgamento da medida cautelar nas ADC nº 43 e 44, o que passo a fazer.

Em 28/6/91, o Supremo Tribunal Federal, na voz do Plenário, manifestou-se pela primeira vez, pós Constituição de 1988, a respeito do princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) no que toca à execução provisória da pena.

Refiro-me ao HC nº 68.726/DF, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

> "**HABEAS CORPUS**. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU É DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º, INCISO LVII, DA

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27 DA LEI nº 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO" (DJ de 20/11/92 – grifos nossos).

Assentou o voto condutor desse acórdão que

> "a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual; concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa".

A Suprema Corte, então, assentou que não contrastaria com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal a execução provisória de sentença condenatória na pendência de recursos especial ou extraordinário, ao fundamento de que ambos não têm efeito suspensivo.

Essa decisão foi proferida por unanimidade, registrando-se que, justificadamente, não participaram daquela assentada os eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Marco Aurélio**, consoante se verifica na ata de julgamento.

Esse entendimento perdurou na Suprema Corte por quase 2 (duas) décadas, até que, em 5/2/09, no julgamento do HC nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 26/2/10, a Corte estabeleceu a exigência do trânsito em julgado da condenação para a execução da pena,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

assentando que, antes do trânsito em julgado, a prisão somente poderá ser decretada ou mantida a título cautelar.

O ***writ*** foi concedido por 7 votos a 4, observando-se que, dos atuais componentes do Supremo Tribunal Federal, concederam a ordem os Ministros **Ricardo Lewandowski**, **Celso de Mello**, **Marco Aurélio** e **Gilmar Mendes**, ao passo que a Ministra **Cármen Lúcia** a denegou.

Passados 7 (sete) anos desse julgamento, no HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16, o Plenário voltou - curiosamente, por idêntica maioria de votos (7x4) -, a admitir a execução provisória do acórdão penal condenatório a partir do exaurimento dos recursos ordinários.

Decidiu a Corte que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial da presunção de inocência, "na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual".

O Supremo Tribunal Federal, portanto, **repristinou** o entendimento que vigorou até 2009, até o julgamento do HC nº 84.078/MG.

Consoante o voto condutor do HC nº 126.292/SP, a impetração de **habeas corpus** ou o ajuizamento de medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especial ou extraordinário se mostram adequados e eficientes para "controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos".

Aduziu-se, no voto condutor do HC nº 126.292/SP, que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, mas sim preservar a higidez do sistema normativo, tanto mais que, no recurso extraordinário, exige-se a demonstração da repercussão geral, ou seja, de que a questão transcende o interesse subjetivo do recorrente, "sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto".

Destacou o Relator daquele julgado que a interposição de recursos meramente protelatórios, que almejam a prescrição da pretensão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

punitiva, representa mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal, e que a retomada do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal constituía mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional.

Fixou-se, então, a seguinte tese de julgamento:

> "[a] execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade".

No julgamento do HC nº 126.292/SP, filiei-me à corrente majoritária, observados os limites daquele caso.

Agora, trazido novamente o tema à luz, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, tenho a oportunidade de revisitá-lo.

Como aduz **Rodrigo Capez**,

> "[e]m nosso regime constitucional, a liberdade de locomoção, enquanto pressuposto para o pleno exercício das demais liberdades constitucionalmente asseguradas, constitui a regra; a prisão é a exceção.
>
> No campo processual penal, devem ser destacadas, no art. 5º da Constituição Federal, as seguintes garantias:
>
> a) 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (inc. LIV);
>
> b) 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (inc. LVII);
>
> c) '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' (inc. LXI);
>
> d) 'a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> autoridade judiciária' (inc. LXV);
>
> e) 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (inc. LXVI).
>
> Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, **conclui-se que essa liberdade constitui a regra; a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória**"[1]

Por sua vez, o princípio constitucional da presunção de inocência se concretiza como **norma probatória**, **norma de juízo** e **norma de tratamento**[2]

Como **norma probatória**, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência.

Como **norma de juízo**, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, no qual o juiz analisa a suficiência ou a aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração para formar seu convencimento. Um dos mais significativos desdobramentos da

---

1 CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito.

2 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 358-364. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37. CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

presunção de inocência como norma de juízo é o **in dubio pro reo**: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado.

Por fim, como **norma de tratamento**, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem a esse equiparado.

Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.

Estabelecidas essas premissas, passo à análise do art. 283 do Código de Processo Penal, cuja constitucionalidade é o objeto das presentes ações declaratórias. O artigo assim dispõe:

> "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

Essa redação foi conferida ao art. 283 do Código de Processo Penal pela Lei nº12.403/11, em atenção ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 26/2/10.

Com efeito, na redação original do Decreto-lei nº 3.689/41, limitava-se o referido artigo a dispor que "a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio".

Segundo **José Joaquim Gomes Canotilho**, densificar uma norma

> "significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos casos concretos". Assim, "densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e consequente aplicação a um caso concreto"[3].

O art. 283 do Código de Processo Penal, portanto, limita-se a **densificar** os dispositivos constitucionais que estabelecem que a liberdade de locomoção constitui a regra, e a prisão, a exceção. Mais precisamente, densifica o art. 5º, LVII, da CF, que consagra a presunção de inocência.

Assentados os dispositivos constitucionais que constituem o fundamento de validade material do art. 283 do Código de Processo Penal, **cuja compatibilidade com a Constituição Federal é inequívoca**, resta, tão somente, atribuir a ele a correta significação, ou seja, dar a ele uma interpretação conforme à Constituição Federal para o fim de se autorizar ou não a execução provisória da pena.

Como salienta **Eros Grau**, não se interpretam os textos do direito em tiras, aos pedaços. O significado normativo de cada texto só é detectável no momento em que ele é inserido no contexto do sistema, para, após, afirmar-se, plenamente, no contexto funcional[4].

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) estabelece que o preso provisório e o condenado por sentença transitada em julgado deverão ser custodiados separadamente, observados os critérios legalmente fixados (arts. 2º e 84).

A Lei de Execução Penal também delimita os estabelecimentos prisionais destinados ao condenado e ao preso provisório, preconizando que a penitenciária se destina ao condenado à pena de reclusão, em

---

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1075.

4 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127-128.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

regime fechado (art. 87); que a colônia agrícola, industrial ou similar se destina ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art. 91); que a casa do albergado se destina ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 93) e que a cadeia pública se destina ao recolhimento de preso provisório (art. 102).

Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos?

Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória de pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias.

O quadro é dramático, haja vista que o Estado, ao não cumprir a exigências legais de alojamento do condenado em cela individual e os requisitos mínimos de salubridade da unidade celular (art. 88 da Lei nº 7.210/84), acaba por fomentar a atuação de organizações criminosas no sistema prisional.

Feito esse registro, observo que o art. 283 do Código de Processo Penal contempla as três modalidades de prisão constitucionalmente previstas no âmbito do processo penal: **i)** prisão em flagrante, **ii)** prisão cautelar (temporária ou preventiva) e **iii)** prisão-pena ou sanção.

A **prisão em flagrante** é despida de natureza cautelar porque não visa assegurar os meios ou o resultado do processo, mas sim colocar o detido, imediatamente, à disposição do juiz, para que analise a legalidade da prisão e adote ou não uma verdadeira medida cautelar, a teor do que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11.

Nesse sentido, **Maurício Zanoide de Moraes** aduz que a prisão em flagrante é uma prisão provisória sem finalidade cautelar decorrente de razões materiais ("certeza visual do cometimento do crime pelo tido autor"), tanto que, no momento em que ocorre, nem sequer se terá iniciado a persecução penal[5].

Efêmera, sua força coercitiva somente subsiste entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade dessa prisão

---

5 ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 387.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

e da necessidade, ou não, de imposição de medida cautelar diversa da prisão ou, em último caso, de sua conversão em prisão preventiva.

Por sua vez, a **prisão cautelar** é um instrumento a serviço de outro instrumento (processo). Sua finalidade precípua é resguardar os meios (cautela instrumental) ou os fins (cautela final) do processo.

Finalmente, **a prisão-pena**, como sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, exige a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado.

Logo, **se não for hipótese de prisão em flagrante ou de prisão cautelar**, não se admitirá a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, vale dizer, antes que se forme a coisa julgada penal.

Coisa julgada penal é um termo inequívoco: **imutabilidade dos efeitos da sentença penal condenatória.**

Trânsito em julgado, portanto, significa que **se tornaram imutáveis os efeitos da sentença condenatória**, pela preclusão ou pelo exaurimento do **legítimo exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis** – sublinhe-se "legítimo", para bem estremá-lo do ilegítimo, enquanto abusivo ou procrastinatório.

Nesse contexto, a execução provisória da pena, **por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como "norma de tratamento"**, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal.

Em sua interpretação literal, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas sim até o trânsito em julgado da condenação, o que é bem diverso.

Daí porque interpretar trânsito em julgado como mero exaurimento dos recursos ordinários subverteria o texto legal, haja vista que não se concebe a existência do **trânsito em julgado provisório**: ou se exaure a legítima possibilidade de recorrer, e a pena pode ser executada, ou não se exaure, e a execução da pena é vedada.

Analogamente, o entendimento de que, após o julgamento dos

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

recursos ordinários, a presunção de inocência se convolaria em presunção de culpabilidade colide frontalmente com o texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Com efeito, a presunção de inocência, por expressa disposição constitucional, **subsiste íntegra até o trânsito em julgado**.

Pouco importa, nesse contexto, que os recursos especial e extraordinário, **via de regra** (arts. 995 e 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil), não tenham efeito suspensivo: não bastasse a letra expressa do art. 283 do Código de Processo Penal, o art. 5º, LVII, CF, se mostra suficiente para impedir a execução provisória do julgado penal.

Outrossim, com a devida vênia, não me parece correta a assertiva de que não é função dos tribunais superiores examinar a justiça ou a injustiça das decisões proferidas pelas instâncias inferiores.

Fazer justiça não é somente reexaminar fatos e provas – *questão indiscutivelmente afeta aos tribunais de segundo grau* -, **mas também corrigir ilegalidades na tipificação de crimes, na dosimetria da pena, na fixação do regime prisional**, máxime quando se considera que, não obstante sumulados diversos entendimentos pelos tribunais superiores, em inúmeros casos, as instâncias inferiores se negam a observá-los, a pretexto da inexistência de efeito vinculante, forçando, assim, o acusado a percorrer uma autêntica **via crucis** recursal.

De toda sorte, **em meu sentir, é possível interpretar-se o requisito do trânsito em julgado, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, como exigência de certeza na formação da culpa, para, ato contínuo, precisar o momento em que se atinge essa certeza.**

Nas palavras de **Juarez Freitas**, o intérprete está "vinculado ao dever indeclinável de encontrar soluções sistematicamente melhores": a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação[6].

Note-se, a propósito, que, por força do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, o recurso extraordinário, ao exigir a repercussão geral da questão constitucional suscitada, pressupõe a transcendência dos interesses

---

6 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76-79.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

subjetivos do recorrente.

Dessa feita, **como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual**, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário.

Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou "[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal" (art. 105, III, a e c, da CF).

Assentadas essas premissas, há que se precisar o momento em que se atinge a certeza na formação da culpa.

Essa certeza não advém apenas do alto grau de probabilidade – vale dizer, para além de qualquer dúvida razoável - **da autoria e da materialidade do delito, questões de natureza eminentemente fática**, cuja apreciação ordinariamente se exaure nas instâncias locais.

Com efeito, para além dessas questões fáticas, **a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta**, atividade que pressupõe o estabelecimento: **i)** das penas aplicáveis dentre as cominadas; **ii)** da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; **iii)** do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e **iv)** da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação.

Corroborando essa assertiva, a jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, não configura ofensa direta e frontal à Constituição da República **e, portanto, não autoriza a via do recurso extraordinário**.

Nesse sentido: AI nº 603.952/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 27/6/08; AI nº 651.927/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 30/5/08; AI nº 649.191/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJ de 1º/6/07; AI nº 622.527/AP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 18/5/07; AI nº 562.809/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 18/5/07; e AI nº 563.028/GO-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 11/5/07, entre inúmeros outros.

Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -**, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça**.

Essa, aliás, é a tese subsidiária comungada pelo eminente Relator, Ministro **Marco Aurélio**, que, em seu voto, bem destacou "o espaço de atuação reservado ao Superior Tribunal como intérprete definitivo da legislação federal", **in verbis**:

> "O Superior Tribunal de Justiça consolidou função uniformizadora relativamente à legislação federal, espaço prioritário de aplicação do Direito Penal. Percebam serem os Códigos Penal e de Processo Penal leis federais. Cumpre-lhe examinar a correta interpretação da lei penal, sob o ângulo da configuração dos substratos do delito, sendo admissível o recurso especial por simples divergência jurisprudencial.
>
> Ao assim atuar, o Superior funciona como verdadeiro Tribunal de Cassação apesar de lhe serem vedadas incursões fático-probatórias. **É que o Direito Penal não [s]e limita à análise de fatos, abrangendo também normas essenciais para**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> **a configuração da culpa**.
>
> (...)
>
> Mesmo em situações mais próximas da tênue linha entre revolvimento do arcabouço fático e revaloração da prova, o Superior Tribunal tem avançado para fazer cumprir a legislação pertinente, como ocorreu nos casos de desproporcionalidade da pena-base.
>
> São muitos os exemplos de pronunciamentos do Superior a revelarem a influência determinante em inúmeras oportunidades, considerado o regime do recurso especial e a interpretação do Direito Penal, **sendo equivocado diminuir o papel exercido pelo Tribunal nesse campo**. Tal como ao Supremo compete a guarda da Constituição Federal, cabe ao Superior Tribunal a palavra final sobre a vasta quantidade de controvérsias alusivas à disciplina **criminal**."

Não se argumente que aguardar o julgamento do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (ARESP) interpostos no exercício do direito de defesa frustraria a efetividade da jurisdição penal, uma vez que essa efetividade não pode ser obtida à custa da supressão de direitos fundamentais.

Ademais, existem mecanismos já consolidados na jurisprudência dominante desta Suprema Corte para se coarctar o abuso no direito de recorrer.

Cito, como exemplo, o julgamento da questão de ordem no RE nº 839.163/DF, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 10/2/15. Conforme assentei no voto condutor desse julgado,

> "o Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

(...)

No mesmo sentido, da Primeira Turma e da Segunda Turma, colho precedentes dos Ministros **Roberto Barroso** (HC nº 120.453/PR, DJe de 1º/7/14), **Rosa Weber** (HC nº 114.384/SC, DJe de 9/8/13), **Luiz Fux** (ARE nº 752.970/DF-AgR-ED-ED, DJe de 5/2/14), **Ricardo Lewandowski** (HC nº 107.891/SC, DJe de 21/5/14) e **Gilmar Mendes** (ARE nº 665.384/RJ-AgR-ED, DJe de 5/9/12).

(...)

Portanto, dúvida não há de que a questão **é objeto da jurisprudência dominante da Corte**.

Dessa feita, longe de constituir afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal, é legítima a atuação do Relator para decidir monocraticamente a questão – dado o abuso do direito de recorrer e o risco iminente da prescrição -, tendo em vista uma interpretação teleológica do art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, segundo o qual '[p]oderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal (...)'.

O magistério jurisprudencial da Corte preconiza que, 'não viola o princípio da colegialidade a competência conferida ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do Tribunal (art. 21, § 1º, do RI/STF)' (RMS nº 26.168/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 13/10/14).

Note-se que a atuação monocrática do Relator nessas circunstâncias não é inédita na Corte. O eminente Ministro **Gilmar Mendes**, por exemplo, ao analisar o AI nº 858.084/MS, dele conheceu para negar seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º, inciso II, alínea b), bem como, ante o risco iminente da ocorrência de prescrição, determinou a imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão proferida (DJe de 21/5/13).

Do mesmo modo, por entender configurado o abuso no direito de recorrer, o eminente Ministro **Luiz Fux**, ao não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> conhecer dos embargos de divergência no agravo regimental no ARE nº 735.792/SP, determinou monocraticamente a baixa dos autos, independentemente de sua publicação (DJe de 3/9/14)."

Em meu sentir, a determinação de imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão, para a execução imediata da pena constitui mecanismo suficiente para tutelar as situações de abuso do direito de recorrer, o qual pode e deve ser utilizado pelos tribunais superiores.

Com esse mesmo propósito (tutelar as situações de abuso do direito de recorrer), o Plenário, no julgamento do RE nº 465.383/ES-AgR-AgR-EDv-ED, de **minha relatoria**, admitiu, em matéria penal, a imposição de multa sobre o valor da condenação por litigância de má-fé.

Aliás, nesse mesmo julgado, entendeu a Corte que o risco iminente de consumação da prescrição da pretensão punitiva, quando caracterizada a procrastinação, legitima a baixa dos autos ao juízo de origem para a imediata execução da pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão.

Destaco a ementa do julgado em questão:

> "**Embargos de declaração em embargos de divergência no agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Conversão em agravo regimental. Precedentes. Ausência de demonstração da divergência jurisprudencial autorizadora do recurso. Precedentes. Agravo regimental não provido. Recurso manifestamente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa sobre o valor da condenação. Precedente. Risco de prescrição. Baixa imediata para execução da pena imposta.**
>
> 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.
>
> 2. Não foi demonstrado o dissenso entre o que decidido e os acórdãos paradigma trazidos pelo agravante. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
>
> 3. Imposição ao agravante de pagamento de multa sobre o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> valor atualizado da condenação, tendo em vista e interposição de sucessivos recursos manifestamente protelatórios, a configurar a litigância de má-fé (art. 18 do Código de Processo Civil).
>
> 4. Considerando que a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal está próxima, independentemente do trânsito em julgado da decisão, devem ser baixados os autos ao juízo de origem para o imediato cumprimento da pena imposta" (Tribunal Pleno, DJe de 7/6/11).

Vê-se que, nessas hipóteses, justificadamente, em razão do abuso no direito de recorrer, opera-se tão somente a antecipação do momento do trânsito em julgado da sentença condenatória, a autorizar o cumprimento definitivo da pena, em estrita conformidade com o art. 283 do Código de Processo Penal.

Por todos esses fundamentos, ao apreciar o pedido de medida cautelar nas ADC nº 43 e 44, votei pela sua concessão, em parte, para o fim de

i) se determinar a **suspensão das execuções provisórias** de decisões penais ordenadas na **pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp)** que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP; e

ii) se obstar que, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, **sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões**.

Nas ADC em questão, todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, **houve por bem indeferir o pedido de medida cautelar, de modo a admitir a execução provisória da pena**.

Por força do princípio da colegialidade, **embora sempre ressalvando minha posição pessoal**, vinha aplicando o entendimento majoritário de que a determinação de execução provisória não evidenciaria teratologia flagrante, tanto nos casos individualmente submetidos a minha

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

apreciação quanto nos agravos de minha relatoria submetidos a julgamento perante a Colenda Segunda Turma.

Exemplificativamente, transcrevo, na parte que interessa, o voto condutor do julgado proferido no HC nº 149.348/PR-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 30/11/17:

> "De qualquer modo, registro que a situação de execução provisória evidenciada nos autos não evidencia teratologia flagrante, sendo certo, ademais, que o entendimento Plenário da Corte é no sentido de que
>
> > 'a execução provisória da sentença penal condenatória já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não desborda em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência' (HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16).
>
> Esse entendimento **manteve-se inalterado** no Supremo Tribunal, que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, nas quais se pleiteava, sob a premissa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP.
>
> **Fica ressalvado, contudo, meu entendimento pessoal consignado por ocasião do julgamento daquelas ações diretas.**
>
> Aliás, o Plenário virtual reafirmou o entendimento preconizado no HC nº 126.292/SP em sede de repercussão geral (Tema nº 925):
>
> > 'CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria' (ARE nº 964.246/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 25/11/16).
>
> Portanto, não obstante os argumentos trazidos à baila, o entendimento, até o momento, predominante na Corte é o de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal."

Ocorre que, submetida a questão, desta feita, ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, **por absoluta coerência com o posicionamento que, de longa data** (5/10/16), **adotei neste Colegiado Maior**, reputo ser este o **locus** adequado para, uma vez mais, **reafirmar** minha posição pessoal no sentido de se obstar a execução provisória da pena na **pendência** de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp).

Conferindo maior especificidade à expressão "pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp)", por mim empregada no julgamento da medida cautelar nas ADC nº 43 e 44, **entendo que a execução provisória da pena deva ser obstada até o julgamento colegiado** no Superior Tribunal de Justiça do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (AREsp), bem

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

como dos **primeiros** embargos declaratórios eventualmente opostos contra esses julgados, após o que poderá se iniciar a execução da pena, **inclusive a restritiva de direitos**.

Nesse particular, penso que a interposição dos primeiros embargos de declaração, exatamente por seu caráter inaugural, traz ínsita a presunção relativa de boa-fé do embargante pela busca da efetiva sanação de eventuais vícios – *contradição, omissão ou obscuridade* - de que se revista o acórdão embargado.

Como aponta a doutrina,[7]

> "[n]ão se trata de discutir se os embargos de declaração são ou não providos de efeito suspensivo,[8] mas de exigir o exaurimento da instância (...) para a deflagração da execução provisória da pena, mesmo porque a correção de eventual contradição, omissão ou obscuridade poderá conduzir à modificação do julgado embargado.
>
> Evidente que o abuso no manejo desse recurso deve ser coarctado, de modo que, reconhecido, v.g., o caráter meramente procrastinatório da interposição de segundos embargos declaratórios, poderá ser determinado, de imediato, o início da execução da pena, independentemente, inclusive, da publicação do respectivo acórdão".

Importante salientar que não se está a inibir a possibilidade de o

---

7 CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal**. São Paulo : Quartier Latin, 2017. p. 372.

8 O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os embargos de declaração não possuem, ordinariamente, efeito suspensivo. **Vide** HC nº 81.901/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, julgado em 27/8/02, DJe de 1º/2/13, e HC nº 75.835/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 27/4/01. Importante salientar que, nesse último julgado, o voto condutor do acórdão partiu da premissa de que a interposição dos embargos de declaração não impede a execução da condenação confirmada em segundo grau porque esse recurso apenas excepcionalmente teria efeito modificativo do julgado. A *contrario sensu*, a possibilidade, em sede de embargos de declaração, de infringência do acórdão proferido em grau de apelação impediria a sua imediata execução.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal, no acórdão condenatório ou confirmatório da condenação, virem a manter ou a decretar a prisão preventiva do acusado, de **maneira fundamentada**, com a **precisa indicação da situação do perigo** de fuga ou para a ordem pública criada por seu comportamento (art. 312, CPP).

Dito de outro modo, **embora obstada a execução provisória da pena a partir do julgado de segundo grau, continua aberta a possibilidade de motivada decretação da prisão preventiva do acusado**, para que se resguardem a ordem pública ou os fins do processo.

Vislumbro, todavia, uma única possibilidade de imediata execução do julgado de segundo grau: **quando se tratar de acórdão confirmatório de condenação emanada do tribunal de júri**, em decorrência da soberania dos seus vereditos, de matriz constitucional (art. 5º, XXXVIII, c, da CF).

Como já tive a oportunidade de destacar em voto proferido no HC nº 114.214/PA, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, **DJe de** 5/12/13,

> "[a] respeito desse princípio constitucional essencial para os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição da República), ensina **Souza Nucci**, em sua obra **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, que
>
> > 'a soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexiste outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri' (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

Como preleciona o jurista **Paulo Rangel**,

> 'a verdade será aquela decidida pelos jurados, independentemente do que as partes possam alegar. Os jurados simbolizam a paz e a harmonia entre os homens, pois são os iguais decidindo o que os outros iguais querem para a sociedade. Os jurados simbolizam a verdade suprema e, por isso, suas decisões são soberanas' (**Direito Processual Penal**, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012).

A par desses conceitos, pode-se dizer que o princípio constitucional da soberania dos vereditos confere à decisão dos jurados, **em tese**, um caráter de intangibilidade quanto ao seu mérito.

Não ignoro, entretanto, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o veredito do júri, **embora soberano, não é absoluto**. Todavia, essa soberania somente pode ser mitigada quando da necessidade de se verificar a existência de aspectos técnico-jurídicos e questões de direito em um rol extremamente exaustivo, sendo este o ponto de encaixe do meu ponto de vista.

Refiro-me ao seu art. 593, inciso III:

> 'Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
> (...)
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia (aspecto técnico- jurídico);
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (aspecto técnico-jurídico);
> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança (questão de direito);
> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (questões de fato e de direito) (...)'.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

Note-se que, segundo a alínea d do dispositivo, a contrariedade entre a decisão e a prova que desafia recurso é aquela que está manifesta, evidente, patente nos autos. Essa circunstância, em princípio, seria dotada de legitimidade jurídica, em seus aspectos formais e materiais, para mitigar o preceito constitucional da soberania sem afrontá-lo.

Entretanto, a maioria dos casos não reflete essa situação peculiar. Ocorre que o apelo manejado com fulcro na alínea d da norma regente apenas se presta para manifestar inconformismo quanto ao desfecho absolutório ou condenatório do julgamento. Ou seja, é incabível quando não há decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, mas, sim, opção do Conselho de Sentença por uma das versões - baseadas em fatos válidos e comprovados durante o processo - apresentadas para o ocorrido, a qual deságua em um juízo final de condenação ou absolvição (há quem defenda a inconstitucionalidade do recurso de apelação manejado pelo órgão acusador com fundamento no art. 593, III, d, do CPP).

Nessa circunstância, a meu ver, o apelo afasta a autonomia da instituição do Tribunal do Júri, em claro desrespeito ao princípio constitucional que o erige ao **status** de soberano.

Valem aqui as premissas que **Nucci** quanto à recorribilidade dos vereditos do Conselho de Sentença:

> 'Quando interposta apelação, quanto ao mérito da decisão popular, deve o Tribunal togado agir com a máxima cautela, a fim de não dar provimento a todo e qualquer apelo, somente porque *entende* ser mais adequada outra avaliação. Ou porque o veredito popular contraria a *jurisprudência* da Corte. Nada disso interessa ao jurado, que é leigo. Respeitar a soberania dos veredictos significa abdicar da parcela de poder jurisdicional, concernente ao magistrado togado, para, simplesmente, fiscalizar e buscar corrigir excessos e abusos, mas sem invadir o âmago da decisão, crendo-a justa ou injusta.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

> O parâmetro correto para a reavaliação do Tribunal togado em relação à decisão do júri é o conjunto probatório: se há duas versões válidas, dependentes apenas da interpretação, para levar à condenação ou à absolvição, escolhida uma das linhas pelo Conselho de Sentença, há de se respeitar sua soberania. Nenhuma modificação pode existir' (**Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

Essas minhas preocupações, que ora compartilho com Vossas Excelências, já foram objeto de análise pelo eminente Ministro **Celso de Mello** no julgamento do HC nº 100.975/SP, o qual, com a proficiência que lhe é peculiar, assentou, entre outros aspectos, que

> '**não obstante reformáveis** as decisões emanadas do Júri, é preciso salientar - **até mesmo para tornar efetivo** o respeito ao princípio constitucional da soberania dos seus veredictos - **que deve ser excepcional**, como já pôde advertir **este** Supremo Tribunal Federal, **o provimento** do recurso de apelação **interposto** dos atos decisórios **proferidos** pelo Conselho de Sentença (**RTJ 48/324-325**, Rel. Min. EVANDRO LINS)' (Segunda Turma, DJe de 2/8/13)".

Ainda naquela oportunidade, ressaltou sua Excelência que '**a apelabilidade** das decisões **emanadas** do Júri, **nas hipóteses** de conflito evidente **com a prova** dos autos, **não ofende** o postulado constitucional **que assegura** a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular (...)' (grifos do autor)".

Por sua vez, o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso especial não significa, por si só, amplificar as possibilidades de reconhecimento de prescrição e, por via de consequência, de impunidade.

Como destaquei no RE nº 839.163/DF-QO, Pleno, de **minha relatoria,**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

DJe de 10/2/15,

> "[o] Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, **seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos**".

Digno de nota, ainda, o entendimento desta Corte de que os recursos especial e extraordinário não admitidos na origem, em decisões mantidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, **não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada**.

Ilustrativo, a esse respeito, o voto condutor do julgado proferido no ARE nº 806.216/DF-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe 25/9/15,

> "É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o indeferimento do recurso extraordinário na origem, por inadmissível, e a manutenção dessa decisão pela Corte não têm o condão de obstar a formação da coisa julgada.
>
> Confira-se julgado específico sobre o tema:
>
> > '**HABEAS CORPUS**. PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. 2. Recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido' (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 2/9/05).

Conforme bem asseverou a eminente relatora daquele julgamento,

'(...) o trânsito em julgado, da condenação é marco divisório de duas espécies de prescrição. Com o trânsito em julgado termina a fase da pretensão punitiva. E tem início a fase da prescrição executória.

Mas o condenado pode, sim, impedir e obstar a formação da coisa julgada. Basta interpor recursos especial e extraordinário. Indeferidos, porque inadmissíveis, pode o condenado lançar mão dos agravos de instrumento. E até mesmo dos agravos regimentais, caso tenham o seguimento negado. Pode, ainda, manejar embargos de declaração. Porém, não pode ser olvidado que o recurso capaz de impedir a coisa julgada é o **recurso admissível**. E, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a inadmissibilidade, confirmando o que decidido no juízo de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento retroagem.'

Perfilhando esse raciocínio, destaco, de **minha relatoria**, o seguinte julgado:

'Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Ausência de peças de traslado obrigatório. Precedentes. Crime de apropriação indébita previdenciária. Artigo 168-A do Código Penal. Débito previdenciário incluído no programa de parcelamento ordinário de débitos tributários. Lei nº 11.941/09. Suspensão da pretensão punitiva estatal e do prazo prescricional. Artigo 68 da lei de regência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

Impossibilidade. Ocorrência anterior do trânsito em julgado. Precedentes. Regimental não provido.

1. As cópias do acórdão recorrido e do acórdão do embargos de declaração são peças de traslado obrigatório, nos termos do art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula nº 288/STF.

2. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que incumbe exclusivamente ao agravante a responsabilidade pela correta formação do instrumento com o completo traslado das peças, não se admitindo o suprimento de eventuais falhas ou a realização de diligências junto a esta Corte.

3. Na espécie, diante da jurisprudência desta Corte, preconizada no sentido de que '*recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido*' (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 2/9/05), o feito definitivamente transitou em julgado em 15/10/09, antes, portanto, de 19/11/09, data do pagamento da primeira parcela, momento que o parcelamento começou a produzir seus efeitos. Assim, não há falar em suspensão da pretensão punitiva.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento' (AI nº 788.612/SP-AgR, Primeira Turma, DJe de 16/11/12 – grifei).

Diversamente do que sustenta o agravante, o reconhecimento da ausência de empecilho à formação da coisa julgada não constitui causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva indevidamente criada pelo Supremo Tribunal Federal, ao arrepio da legislação.

Cuida-se, em verdade, de mera questão de interpretação legal para a fixação da data em que se considera transitada em julgado a sentença condenatória, quando inadmissível o recurso extraordinário."

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

Vide, mais recentemente, o HC nº 149.188/SP-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 6/2/18, de cuja ementa extraio:

> "A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal tem acolhido a tese de que [r]ecursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/9/05)."

Em suma, em meu sentir, o sistema processual penal, endossado pela jurisprudência desta Corte, dispõe de mecanismos hábeis para obstar o uso abusivo ou protelatório dos recursos criminais.

Com essas considerações, diante da iminente possibilidade de execução provisória da pena imposta ao paciente - uma vez que se exauriu a instância ordinária com o julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão de 2ª grau, que, além de confirmar sua condenação, majorou-lhe a pena - e pelos precisos fundamentos externados no voto que proferi, em 5/10/16, no julgamento da medida cautelar nas ADC nº 43 e 44, **concedo a ordem de *habeas corpus*** para determinar que o paciente aguarde em liberdade o julgamento de eventual recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp), observados os parâmetros fixados neste voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819451.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V O T O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado em favor do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, contra decisão do Ministro Humberto Martins que, no exercício da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu pleito cautelar requerido no HC 434.766/PR (documento eletrônico 19).

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeira instância, com outros dois corréus, à pena total de 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nas penas dos crimes (i) de corrupção passiva majorada pela prática de ato de ofício infringindo dever funcional, em consequência do recebimento de vantagem (art. 317, § 1°, do CP) e (ii) de lavagem de dinheiro (art. 1°, V, da Lei 9.613/1998). Nessa sentença, frise-se, o magistrado de primeiro grau concedeu ao ora paciente o direito de apelar em liberdade (documento eletrônico 4). Houve oposição de embargos de declaração, que foram conhecidos tão somente para prestar esclarecimentos (fls. 69-77 do documento eletrônico 18).

Inconformados, acusação e defesa apelaram para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF4. Aquela Corte, então, deu parcial provimento a ambos os recursos: (i) o do Ministério Público, para aumentar as penas-base impostas a ambos os crimes. Desse modo, foi revista a dosimetria da pena, elevando a reprimenda para 12 anos e 1 mês de reclusão; e (ii) o da defesa, para reconhecer a incidência da minorante prevista no art. 65, I, do Código Penal (réu maior de 70 anos de idade na data da sentença). Assentou, ainda, o TRF4, que "[...] é medida salutar e de efetividade da jurisdição criminal que se inicie o cumprimento das penas, tão logo esgotada a jurisdição de segundo grau". Manteve, no mais, a sentença de primeiro grau (documentos eletrônicos 6, 7 e 8).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

Buscando evitar o início da execução da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a defesa impetrou *habeas corpus* no STJ, ocasião em que o Ministro Vice-Presidente daquele Tribunal, no exercício da Presidência, como visto, indeferiu o requerimento cautelar (documento eletrônico 19).

É contra essa decisão que se insurgem os impetrantes.

Nesse sentido, a defesa alega que,

> "[no] caso em apreço, justifica-se o manejo do presente remédio diante de iminente constrangimento ilegal, [uma] vez que, nos autos da apelação criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, já foi determinada a execução provisória da pena do Paciente.
>
> Além da forma de restrição de liberdade imposta ao Paciente não encontrar previsão no ordenamento jurídico brasileiro, sua determinação se deu sem qualquer fundamentação, respaldando-se a medida alienígena em (i) mera invocação de precedentes do Supremo Tribunal Federal despidos de caráter vinculante e (ii) súmula formulada pela Corte Regional que, indevidamente, tornou automática a execução provisória da pena, contrariando o próprio entendimento fixado pela Corte Suprema de que essa nova e estranha modalidade de reclusão foi reputada possível e não obrigatória.
>
> A inconstitucional e imotivada execução da pena imposta ao Paciente ocorrerá, na hipótese mais otimista, em curto espaço de tempo - prestes a se desencadear, portanto. Basta relembrar que, se o apelatório mencionado - de ímpar complexidade e volume (mais de 250 mil páginas) - foi processado e julgado em aproximadamente cinco meses, inclusive pautado para a sessão imediatamente subsequente após a liberação pelo Des. Revisor, razoável concluir que não levará aquele Tribunal mais que

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

poucas semanas para julgar os embargos de declaração que serão opostos pelo Paciente - o único recurso dotado de efeito suspensivo que pode ser manejado contra a decisão colegiada. Assoalhe-se ainda que, muito embora os aclaratórios possam, excepcionalmente, modificar o conteúdo do acórdão, essa possibilidade, no caso concreto, se não reputa impossível, denota-se altamente improvável, mormente uma alteração substancial ou relevante, que possa impedir a execução prematura da pena. Imperioso ressaltar: a virtual existência de pendentes embargos de declaração - seja pela iminência de seu julgamento, seja por sua limitação cognitiva-modificativa - não constitui fundamento idôneo a afastar a iminência do constrangimento inconstitucional, ilegal e imotivado a ser imposto ao Paciente. Referida pretensão encontra o beneplácito do magistério doutrinário e jurisprudencial.

[...]

No caso em tela, é possível falar em certeza da iminência do constrangimento ilegal, o que justifica o manejo do *mandamus* e, também, o pleito da medida acauteladora. Como salientado, o constrangimento ilegal já foi ordenado e apenas aguarda o afastamento da condição suspensiva.

Também, oportuno registrar, neste passo, que a decisão de execução provisória da pena se deu despida de fundamentação idônea, pois a Corte Regional, a fim de determinar à origem a expedição da ordem prisional se limitou a mencionar verbete sumular daquele tribunal e decisões dessa Suprema Corte, por apertada maioria, no HC 126.292, MC na ADC 43 e 44 e ARE 964.246. Por óbvio, os juízos morais e subjetivos manejados no acórdão sobre o tema não serão aqui enquadrados como fundamentação.

[...]

A r. decisão impugnada reputou não estarem presentes os requisitos autorizativos à concessão de tutela de urgência, sob os fundamentos de que: (a) o *habeas corpus* em caráter preventivo seria, pasme-se, incabível, pois não haveria risco efetivo de constrangimento ilegal à liberdade do Paciente, vez

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

que a execução provisória da pena não seria iminente, tendo início após o exaurimento dos recursos no tribunal de segunda instância; e (b) não haveria plausibilidade do direito, pois a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP e ADCs 43 e 44 teria possibilitado a antecipação de cumprimento do acórdão condenatório proferido por corte de segundo grau.

Com a devida vênia concedida, os fundamentos invocados não prosperam.

[...]

Considerando-se, mais uma vez, que o quanto decidido por esta Corte - por apertada maioria - no HC 126.292-MC, nas ADC's 43 e 44 e ARE 964.246 - se acha destituído de caráter vinculante, incumbe ao julgador, cuja atuação é vinculada ao direito posto, decidir o caso concreto à luz dos dispositivos constitucionais e legais vigentes, sobretudo quando deparado com preceitos cuja redação é categórica, casos do art. 5, LVII, do Estatuto da República e do art. 283 do Código de Processo Penal" (documento eletrônico 1).

Ao final, requer:

"(i) A direta submissão do pedido liminar à Colenda Segunda Turma deste Tribunal (Art. 21, IV e V, RISTF), para deferi-lo e garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado do processo-crime nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR;

(i.1) Na hipótese de se negar o quanto acima pleiteado, a concessão de medida liminar pela Colenda Segunda Turma para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, forte no entendimento firmado nos *Habeas Corpus* nº 146815-MC/MG e HC 146818-MC/ES;

(i.2) Subsidiariamente, a concessão de medida liminar pela Colenda Segunda Turma para garantir ao

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

> Paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento final de mérito do *writ*;
>
> (ii) Caso o pedido liminar não seja submetido a julgamento pela C. Segunda Turma deste Tribunal, requer-se a concessão monocrática do pleito para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado do processo-crime nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR;
>
> (ii.1) Na hipótese de se negar o quanto acima pleiteado, requer-se a concessão monocrática do pedido para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, forte no entendimento firmado nos *Habeas Corpus* nº 146815-MC/MG e HC 146818-MC/ES;
>
> (ii.2) Subsidiariamente, a concessão monocrática de medida liminar para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento final de mérito do *writ*;
>
> (iii) Após a concessão da liminar, a intimação da autoridade coatora para prestar as informações que reputar pertinentes e a intimação da D. Procuradora-Geral da República para, sobre o mérito, apresentar sua manifestação;
>
> (iv) Ao final, [no] julgamento de mérito, a concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando a cláusula pétrea prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República;
>
> (iv.1) Subsidiariamente, no mérito, a concessão da ordem para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado nos *Habeas Corpus* nº 146815-MC/MG e HC 146818-MC/ES" (págs. 66-67 do documento eletrônico 1).

Em 9/2/2018, sua Excelência, o Ministro Relator, indeferiu a liminar nestes autos e, posteriormente, em 28/2/2018, indicou o feito à pauta do Plenário e, ato contínuo, liberou respectivo relatório para fins de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

julgamento deste *writ*.

Na sessão ordinária jurisdicional de 21/3/2018, a Presidente desta Suprema Corte, Ministra Cármen Lúcia, diante da urgência que o caso demanda, incluiu o feito para ser apreciado na tarde de 22/3/2018. Naquela assentada, o Plenário proferiu a seguinte decisão:

> "Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do *habeas corpus*. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste *habeas corpus*, que se dará na sessão de 04.04.2018" (documento eletrônico 58).

Muito bem. Feito esse breve resumo, passo a análise do mérito deste *writ*.

As constituições modernas surgiram na esteira das revoluções liberais do século XVIII como expressão da vontade do povo soberano, veiculada por seus representantes nos parlamentos.

Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos seus comandos eis que foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, inclusive dos magistrados.

Apesar de sua rigidez, logo se percebeu que as constituições não poderiam permanecer estáticas, pois tinham de adaptar-se à dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, sujeitas a permanente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

transformação. Se assim não fosse, seus dispositivos perderiam a eficácia, no todo ou em parte, ainda que vigorassem no papel.

Por esse motivo, passou-se a cogitar do fenômeno da mutação constitucional, que corresponde aos modos pelos quais as constituições podem sofrer alterações.

Resumem-se basicamente a dois: (i) um formal, em que determinado preceito é modificado pelo legislador ou mediante interpretação judicial, e (ii) outro informal, no qual ele cai em desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos.

Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, este jamais poderá vulnerar os valores fundamentais que lhe dão sustentação.

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4°, denominadas de cláusulas pétreas, a saber: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais.

A presunção de inocência integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no qual tramitam atualmente cerca de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Salta aos olhos que, em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 600 mil presos encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

principalmente, por magistrados de primeira e segunda instâncias.

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5°, LVII, da Constituição em vigor, com a seguinte dicção: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa tradicional garantia para combater a corrupção endêmica que assola o país.

Mas, nem sempre emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos.

Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência.

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.

Pois bem, a questão trazida neste *writ* diz respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, haja vista a tese fixada por este Plenário no julgamento do HC 126.292/SP e reafirmada no ARE 964.246/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional envolvida, ambos de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki.

Entretanto, a jurisprudência deste Supremo Tribunal havia se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

consolidado justamente no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5°, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, e desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Esse, aliás, é o entendimento ao qual sempre me filiei. No julgamento do aludido HC 126.292/SP, em que o Plenário sinalizou possível mudança de paradigma, assentei, de modo enfático, o seguinte:

> Eu vou pedir vênia ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5°, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.
>
> Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo
>
> A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
>
> Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas.

Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5°, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela.

Ora, a Constituição Federal atribuiu a este Supremo Tribunal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição (art. 102).

Nesse sentido, com a devida vênia à corrente majoritária que se formou tanto no julgamento do HC 126.292/SP quanto no ARE 964.246-RG/SP, o Plenário da Suprema Corte extraiu do art. 5°, LVII, da Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, consequentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4°, IV, da Carta.

Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5° da Carta Magna, além de ser claríssimo, à

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação in malam partem.

Em consonância com o dispositivo constitucional supramencionado, o art. 283 do Código de Processo Penal e o art. 594 do Código de Processo Penal Militar dispõem, respectivamente, que:

> "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

> "Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena".

Ao comentar o referido dispositivo 283 da lei processual penal, Eugênio Paccelli (*in* Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, pág. 590) consigna que "a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena". O referido autor continua, afirmando que,

> "[antes] dela (da Lei n° 12.403/2011), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.
>
> No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

> ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.
>
> Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória".

No mesmo sentido é a posição de Guilherme de Souza Nucci (*in* Código de processo penal comentado. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 730), para quem "a solidificação da pena, após a sentença condenatória, perpetua-se em face do trânsito em julgado". Segundo o mencionado doutrinador, "essa situação processual sempre obteve, doutrinária e jurisprudencialmente, uma única definição: forma-se a coisa julgada material (trânsito em julgado), quando se esgotam todos os recursos possíveis contra determinada decisão". Semelhante raciocínio pode ser transportado para os processos em trâmite na Justiça Militar.

Ademais, deve ser mencionado que a Lei de Execução Penal também exige, para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa é a inteligência do art. 105 combinado com o art. 107, *in verbis*:

> "Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.
>
> [...]
>
> Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária".

Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com espeque no art. 5°, LVII, da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

Constituição, todos são plenamente aplicáveis.

Outrossim, consigno que, em nosso sistema jurídico, desde 1988, o trânsito em julgado da decisão condenatória sempre se deu com o esgotamento de todos os recursos e instâncias ordinárias e extraordinárias.

Alterar essa realidade jurídica exigiria novo disciplinamento constitucional e legal, que só poderia se dar via Congresso Nacional, e não pelo Poder Judiciário, uma vez que a posição do constituinte originário, ainda que não agrade àqueles que perfilham da posição (até agora) majoritária nesta Suprema Corte, exige que seja trilhado o caminho previsto na Constituição Federal, como se espera de um Estado que, além de democrático, também é de Direito.

Ademais, foi opção do constituinte originário de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado "culpado" pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Pois bem, feitos esses relevantes registros, observo que a questão de mérito dessa impetração foi definitivamente julgada pela Quinta Turma do STJ. Por esse motivo, e em homenagem aos princípios da celeridade e economia processual, transcrevo agora, por oportuno, a ementa do acórdão proferido pelos Ministros integrantes daquela Turma, por ocasião do julgamento colegiado do HC 434.766/PR, *verbis*:

> "*HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

I - **Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal'. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP**.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

> prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, Quinta Turma, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJe 31/10/2017).
>
> IV - Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no *mandamus*, que é questão eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente. *Habeas Corpus* denegado" (sítio eletrônico do STJ, grifei).

A decisão acima transcrita, por consequência, manteve os fundamentos expostos pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. E, naquela oportunidade, os Desembargadores integrantes daquele colegiado determinaram, quanto ao cumprimento da reprimenda, o seguinte:

> "[...]
>
> **45. Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas**" (sítio eletrônico do TRF4, grifei).

Conforme se verifica, essas decisões contêm apenas a remissão a julgados deste Supremo Tribunal como argumentos para decretação do início da execução da pena imposta ao paciente, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não se afigurando, portanto, a meu sentir, revestidas de motivação hábil, sobretudo se contrastadas com o art. 5°, LVII e LXI, do texto constitucional, que, respectivamente, garante que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em jugado de sentença pena condenatória" e assegura a todos o direito de não ser preso "senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

E ainda que fosse o caso de se argumentar sobre o efeito vinculante resultante do julgamento do ARE 964.246/SP pelo Plenário desta Corte, em se tratando de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5°, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a situação particular do condenado.

Essa é a orientação pacífica deste Supremo Tribunal, segundo a qual:

> "A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar" (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo século XVIII, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que *le roi le veut*, ou seja, "o rei o quer". No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que não se pode hoje atender a uma determinação judicial ou, pior, mandar alguém para a prisão simplesmente porque *le juge le veut*, quer dizer, porque "o juiz o quer".

Daí a previsão - ainda que tardiamente acolhida entre nós - dos arts. 5°, LXI, e 93, IX, da Constituição de 1988, os quais exigem expressamente a motivação das ordens judiciais, que não podem emanar da simples

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

Registro, ainda, na oportunidade, que o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a possibilidade de execução antecipada da pena após a confirmação da condenação em segunda instância vem, em boa hora, sofrendo temperamentos, à luz do texto constitucional, seja sob a ótica do princípio da razoabilidade, em decisões prolatadas pelos mais distintos tribunais do País.

Em recente decisão no HC 366.907/PR, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a "pendência ou possibilidade de oposição de Embargos de Declaração impedem a execução antecipada da pena, já que não exaurida a atuação das instâncias ordinárias", *verbis*:

> "*HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I, II e V, DO CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DEFERIDO EM SENTENÇA O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO ESGOTADA A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.243, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.
>
> 2. Na hipótese em que foi permitido à ré recorrer em liberdade, soa desarrazoado que a expedição de mandado de prisão ocorra de forma automática, tão logo seja prolatado ou confirmado o acórdão condenatório, ainda passível de integração pelo Tribunal de Justiça.
>
> 3. Ordem concedida para, confirmada a liminar, assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o esgotamento da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

> jurisdição ordinária" (HC 366.907/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

No mesmo sentido, já se anotavam decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, das quais destaco o HC 2017.03.00.002292-3/SP, no qual o Desembargador Federal Maurício Kato consignou que "o princípio da presunção da inocência, ainda que não absoluto, obsta a execução provisória da sentença condenatória nos casos em que se mostre possível assegurar ao acusado o direito à liberdade provisória".

Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica.

Observe-se, além disso, que a decisão proferida no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, não respeitou, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que deu azo ao início do cumprimento de pena tanto do indivíduo absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau de jurisdição, bem como daquele que apenas foi condenado em segunda instância, por ter foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal.

Essa última hipótese, inclusive, tive a oportunidade de analisar, no exercício da Presidência (art. 13, VIII, do RISTF), quando deferi a liminar no HC 135.752 MC/PB, de relatoria do Ministro Edson Fachin, para suspender a execução antecipada da pena imposta ao então paciente, utilizando, dentre outros, os seguintes fundamentos:

> "Não bastasse isso, observo que, na hipótese sob exame,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

nem ao menos se assegurou ao paciente o duplo grau de jurisdição, implícito no art. 5º, LV, da CF, como se observa da leitura de trecho significativo do acórdão combatido:

> '7. É verdade que, na hipótese presente, como um dos réus tem foro especial por prerrogativa de função, a Ação Penal é de competência originária do TRF, inexistindo sentença de Juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Colegiado. No entanto, tal situação não afasta a aplicação do entendimento do STF, uma vez que está encerrada a análise fático-probatória da Ação Penal nº 37/PB, com condenação por Órgão Colegiado. Precedentes do STJ'.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o duplo grau de jurisdição integra a cláusula do *due processo of law*, a qual compreende não apenas um conjunto de regras de caráter formal e substantivo destinado a assegurar a regularidade do processo judicial, mas também uma garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades.

Para que isso se concretize, na prática, é preciso que o sistema legal seja dotado de mecanismos que evitem, o mais possível, a ocorrência de erros judiciários, sob pena de transformar-se em letra morta o princípio do devido processo legal.

O direito ao reexame das decisões judiciais configura uma garantia constitucional, de caráter instrumental, pois, ademais de estar compreendida no postulado do devido princípio legal, configura axioma conatural ao atingimento dos fins últimos do próprio Estado de Direito, que se assenta, antes de mais nada, no princípio da legalidade, que não convive com qualquer tipo de arbítrio, especialmente de cunho judicial.

Os recursos, com efeito, têm uma finalidade eminentemente política, visto que constituem instrumento de proteção das liberdades individuais contra o despotismo dos agentes públicos, em geral, e a própria falibilidade dos magistrados, em particular

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

> Desse modo, não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram o Código de Processo Penal – instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do j*us puniendi* estatal - derrogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgão judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal, nela abrigado, em distintas ocasiões acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas – que fique claro – ao Pacto de San José da Costa Rica, dentre outras convenções internacionais de proteção aos direitos humanos".

Registro, no entanto, que o Eminente Relator do feito Ministro Edson Fachin, posteriormente negou seguimento à impetração, aplicando ao caso o entendimento consolidado na Súmula 691. Em seguida, no julgamento do agravo regimental interposto, a Primeira Turma desta Suprema Corte negou provimento ao recurso.

Não custa recordar, ainda, que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, considerada pelos especialistas verdadeiro *jus cogens* em matéria de direito internacional.

Não obstante a tudo que já foi dito, observo, ainda, no que pertine ao art. 637 do CPP, o qual dispõe ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, permito-me rememorar que, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, eu trouxe à colação o ensinamento de três eminentes professores, titulares de legislação processual, da Universidade de São Paulo, os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Scarance Fernandes, de cujas lições selecionei um pequeno trecho:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

> "Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)".

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

Com a devida vênia, também ouso manifestar a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea.

A propósito, em recentes decisões, o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido de medida cautelar nos HC 147.452-MC/MG; HC 147.469-MC/SP; e RHC 129.663-ED-AgR/RS para suspender a execução provisória da pena, por entender que,

> "Assentadas tais premissas, passo a examinar o pedido de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

medida cautelar ora formulado nesta sede processual. E, ao fazê-lo, saliento que eminentes Ministros desta Corte, em diversos processos [...] têm concedido provimentos cautelares (ou, até mesmo, deferido o próprio *writ* constitucional) em situações como aquelas, por exemplo, em que Tribunais de inferior jurisdição, ao ordenarem a expedição de mandados de prisão, para efeito de 'execução provisória', (a) limitam-se a simplesmente mencionar, sem qualquer fundamentação idônea, os precedentes a que aludi logo no início desta decisão, ou (b) fazem-no sem que ainda tenha sido esgotada a jurisdição ordinária, pois pendentes de julgamento embargos de declaração ou embargos infringentes e de nulidade do julgado (CPP, art. 609, parágrafo único), ou, ainda, (c) determinam a imediata e antecipada efetivação executória de seu julgado com transgressão ao postulado que veda a *reformatio in pejus*, eis que a ordem de prisão é dada em recursos interpostos unicamente pelo réu condenado a quem se garantira, anteriormente, sem qualquer impugnação do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade a conclusão do processo.

O caso ora em análise parece ajustar-se às hipóteses sob (a) e (c), cabendo destacar, quanto a esse último aspecto, que a colenda Segunda Turma deste Tribunal, em 08/08/2017, iniciou o julgamento, suspenso por pedido de vista, de uma ação de habeas corpus (HC 136.720/PB), no qual já se formou maioria pela concessão da ordem, em que o eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, propôs o deferimento do *writ* precisamente em virtude de violação ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*, em situação na qual o Tribunal apontado como coator ordenou a imediata execução antecipada da pena, fazendo-o, contudo, em recurso exclusivo do réu, a quem se assegurara, sem qualquer oposição recursal do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo, transgredindo-se, desse modo, postulado fundamental que conforma e condiciona a atuação do Poder Judiciário (HC 142.012-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI –HC 142.017-MC/DF, Rel. Min. RICARDO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

LEWANDOWSKI, v.g.)" (grifos no original).

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

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

> "No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.
>
> Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.
>
> Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.
>
> Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

> dissemos que ela é obrigatória.
>
> Evidenciado o constrangimento ilegal, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, esta Corte deverá invalidar a ordem de prisão expedida".

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

Traçando um outro paralelo, agora entre o Direito Penal e o Direito Civil, eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também diligente quanto à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade.

Especulam os especialistas que se debruçam sobre o tema que isso talvez tenha origem no Código Civil Napoleônico, de 1804, que consagrou o triunfo da burguesia, do estado liberal, e que deu início exatamente à economia capitalista ou consolidou a revolução industrial, repercutindo no Direito Positivo.

O Código Civil Napoleônico, todos nós sabemos, inspirou, de forma bastante intensa, o Código Civil brasileiro de 1916, elaborado, fundamentalmente, pelo grande jurista Clóvis Beviláqua, de modo a confirmar essa constatação dos historiadores, sociólogos, politólogos, em relação à prevalência ou esse valor maior que se dá à propriedade com relação à liberdade, e isto também se encontra refletido no próprio Código Penal brasileiro.

Examinando alguns tipos penais, é possível verificar que a ofensa à propriedade, tais como os crimes de furto ou roubo são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

contra a pessoa.

Os dois exemplos de ilícitos contra a propriedade são apenados com maior rigor do que o delito de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. Estes últimos com penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo, de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

Veja-se que, da leitura do art. 520 do Código de Processo Civil, é possível constatar a disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá à execução provisória, à propriedade e à liberdade:

> "Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:
>
> I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;
>
> II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;
>
> III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;
>
> IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos".

Observo, ainda, o rigor com o qual o Código de Defesa do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

Consumidor repreende a cobrança indevida, ou seja, quando o cidadão paga pelo o que não deve. Diz o parágrafo único do art. 42 da Lei Consumerista que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

Logo vem a necessidade de se indagar: E o cidadão que paga injustamente com a liberdade por um crime que não cometeu, como terá o ressarcimento desse indébito?

A pergunta é oportuna, pois, no honroso exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, solicitei ao Superior Tribunal de Justiça e também à Secretaria Judiciária do STF dados sobre o percentual de condenações reformadas em recursos especiais e extraordinários.

A Secretaria-Geral do STJ informou oficialmente que, no período entre 1°/1/2009 até 20/6/2016, 8.493 decisões em recursos especiais (REsp) ou recursos especiais com agravo (AREsp) foram proferidas em favor do réu, reformando sentenças condenatórias, de um total de 82.519 casos analisados, o que corresponde à 10,29%. Ou seja, é provável que, no período mencionado, mais de 8 mil pessoas teriam sido encarceradas injustamente após a condenação em segunda instância, "pagando pelo que não deviam".

No âmbito do STF, os dados revelam que, mesmo após o crivo de três instâncias judiciais, 465 recursos extraordinários foram providos a favor de pessoas até então condenadas. Se considerarmos a concessão de habeas corpus, que muitas das vezes levam à redução da pena, possibilitando a adoção de regimes menos gravoso como o semiaberto ou até mesmo o aberto, o número de condenados beneficiados sobe para 4.079, correspondente à 7,46% dos casos analisados.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

Somando-se os beneficiados por decisões do STJ e do STF, chega-se a um resultado superior a 12 mil cidadãos presos indevidamente, repita-se, "pagando com a liberdade pelo que não devem" ou pagando em excesso pelo crime que cometeram. Para abrigar esse montante de condenados, e aqui faço um cálculo simples, apenas para ilustração, seriam necessários 24 novos presídios, ao custo unitário de R$ 40 milhões de reais, conforme estudo do Conselho Nacional de Justiça. Sem levar em conta que cada preso custaria ao Estado aproximadamente três mil reais por mês. Em conta rápida, o gasto mensal com 12 mil presos é da ordem de R$ 36 milhões de reais.

Ainda que sejam considerados os números divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça e levados à conhecimento geral em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo da lavra dos Ministros Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal e Rogerio Schietti do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a soma dos percentuais de absolvição e de substituição de pena é de 1,64%", considerado o período de dois anos – 1°/9/2015 a 31/8/2017, o resultado desta operação matemática, deixando de lado a frieza dos cálculos, revela que 1.130 cidadãos haviam sido presos injustamente após o exaurimento das instâncias ordinárias.

Outros dados complementares foram divulgados no sítio do STJ. Aquela Corte Superior reconheceu a prescrição em 523 ações penais com julgamento concluído em segunda instância, número que deve ser somado aos 1.130 injustiçados anteriormente citados.

Além disso, outros 7.583 condenados em segunda instância obtiveram decisões favoráveis no STJ para diminuir a pena ou alterar o regime prisional. Não se pode menosprezar tais números, pois eles tratam de cidadãos privados injustamente de sua liberdade, certamente o bem mais valioso ao ser humano, depois da própria vida.

Ou seja, em se tratando de direitos patrimoniais, o legislador pátrio,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

apesar de permitir a execução provisória, cercou-se de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo e garantir a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. Mas como seria a indenização, repito, à uma pessoa que foi presa por decisão não definitiva, em segunda instância, cuja condenação ou o regime de cumprimento da pena seja reformado na via extraordinária?

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/5 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permitem o termo, haja vista que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. São seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, 240 mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

Com a devida vênia, ouso manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea.

Isso posto, Senhores Ministros, e tendo em conta que a conclusão a que chego neste *writ* em nada conflita com as decisões majoritárias desta Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, entendo ser o caso de concessão da ordem de *habeas corpus*, para que o paciente possa aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018386.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em 1988, passou-se de um regime de exceção para o democrático. Esse fato e, também, os termos da Constituição de 1988 levaram o Presidente da Câmara dos Deputados, exemplar homem público, Ulisses Guimarães, a dizer que o povo brasileiro passava a ter uma Carta cidadã. E, pela primeira vez, um documento básico da República versou os direitos sociais antes da própria estrutura do Estado.

Longe de mim o populismo judicial, que entendo superpernicioso, porque tudo cessa quando vinga. Longe de mim a postura politicamente correta, a hipocrisia. Tenho que esta capa me atribui um dever maior: o de buscar, de forma incessante e com todas as forças, a prevalência da Lei das leis da República. E o que se tem em termos de preceitos de envergadura maior, porque constantes da Constituição Federal? Pinço três preceitos. O primeiro, retratado no inciso LVII do artigo 5º, a conter o maior rol de direitos individuais. Está em bom português, em bom vernáculo, em texto ao alcance de todos:

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

Seguem-se outros dispositivos que inclusive foram mencionados no Plenário, entre eles o inciso LXI, a revelar:

> " LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito" – e hoje o flagrante não é mais título para manter-se a custódia, há de ser substituído por ato a retratar a prisão preventiva – "ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente," – vou frisar essa parte, por ordem escrita e fundamentada, não pelo automatismo, de autoridade judiciária competente – "salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; "

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

Há mais, Presidente, o inciso LXVI, a prever:

> "LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória," – enquanto em curso o processo-crime, cuja ordem natural é apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da pena; estiver, portanto, em curso – "com ou sem fiança."

Mas não parou nisso o constituinte de 1988. E, no campo simplesmente pedagógico, porque sequer precisava constar do rol do artigo 5º essa disposição, versou:

> LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

O que se tem observados esses preceitos? Tem-se que a cláusula a dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" retrata a execução da pena. É um limite ou uma condição para chegar-se à execução da pena, a revelar, sempre, uma sanção, a sanção penal. Que a culpa esteja estreme de dúvidas na decisão proferida, seja uma sentença, seja um acórdão. E, nos outros dispositivos, verifica-se campo – autorização constitucional – para chegar-se à inversão da ordem – a que me referi – do processo-crime, prendendo-se para, depois, ter-se a instrução processual e a busca, a cargo do Estado-acusador – o réu não tem que provar a inocência –, da definição da culpa.

O que está no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal – vou repetir à exaustão, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" – é de univocidade alarmante. Não gera esse preceito, não abre esse preceito campo a controvérsias semânticas e a fugir-se, até, ao princípio racional-lógico do determinismo: ou uma coisa é ou não é. Não cabe ver, na cláusula – a encerrar uma franquia, uma garantia constitucional do cidadão –, sentido ambíguo a ponto de assentar-se que, conforme o órgão julgador, independentemente da preclusão maior, tem-se, independentemente de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

caber ou não recurso contra o pronunciamento judicial condenatório, a possibilidade de execução. É passo demasiadamente largo, que revela, sob a minha óptica – e vejo que não é a da sempre ilustrada maioria –, desprezo à Constituição Federal, ao que está na Constituição Federal.

Há mais, Presidente. Disse-se muito que seria uma criação brasileira o princípio da não culpabilidade – já agora, retratando o princípio da inocência –, considerado o Pacto de São José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil. Não se trata de criação nacional! Não se trata, como alguns costumam dizer neste Plenário, de uma jabuticaba. É algo que tem origem em fenômenos marcantes e que estão muito bem referidos em obra que foi publicada, no outono de 2006, pela Editora Quartier Latin do Brasil. Essa editora publicou coletânea de artigos sob a coordenação de José de Faria Costa e do Colega do Tribunal de Justiça de São Paulo Marco Antônio Marques da Silva. O título da obra é emblemático: "Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – visão luso-brasileira". Está-se a cogitar de direito fundamental, ou seja, o direito, que têm todos os brasileiros, de não verem a culpa assentada antes do trânsito em julgado, antes da imutabilidade, na via recursal, do pronunciamento judicial condenatório. Dela colho estudos versados em artigo de Antônio Magalhães Gomes Filho, professor titular não da minha Nacional de Direito, mas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Procurador de Justiça – portanto, ex-integrante do Ministério Público, tendo implementado atividade de persecução criminal ao longo da carreira –, que bem desmistifica o que vem sendo veiculado, ou seja, ter-se como algo criado – mas foi criado, e daí? Será que não é preciso amar a Constituição Federal e dar a ela a concretude que lhe é própria em termos de direitos fundamentais? Sob o ângulo das origens históricas da presunção de inocência, afirma-se que foi ideia da Revolução Liberal do século XVIII. O artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, veiculou a presunção de inocência. O preceito foi reconhecido pela Assembleia Nacional francesa como direito natural, inalienável e sagrado – direito natural, praticamente natural, e natural na essência do homem. Inegavelmente, como ressaltado pelo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

mestre das arcadas, ocorreu uma conquista liberal. Textos internacionais de direitos também enfatizam o princípio. Após a Segunda Guerra Mundial, o preâmbulo da Constituição francesa de 1946 – e o Brasil teve uma Constituição democrática, por excelência, nesse ano em que nasci, 1946 – reafirmou os direitos do homem, proclamados pela Declaração de 1789. Com o advento da Constituição de 1958, as disposições do preâmbulo adquiriram envergadura constitucional positiva, surgindo o controle. A Constituição italiana de 1948, da mesma forma, versou o tema – talvez inspiração do texto brasileiro de 1988 –, a revelar a necessidade, para ter-se a culpa como sacramentada, de decisão definitiva. De igual modo, a Constituição da República Portuguesa de 1976 estabeleceu, no artigo 32, a presunção de inocência, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo que a reforma de 1982 acrescentou ao texto a imprescindibilidade de o réu – é o que está faltando, talvez, no Brasil, e, tendo em conta essa deficiência, esse erro, fechamos os olhos à garantia constitucional, que é um direito fundamental daquele que se vê acusado – ser julgado no mais curto prazo, compatível com as garantias de defesa. Que o Estado se aparelhe para entregar a prestação jurisdicional a tempo e modo! Mas não se pode articular com essa deficiência para, simplesmente, dizer-se que é possível inverter-se, como ressaltei, a ordem natural do processo-crime, no que direciona a apurar para, selada a culpa, ter-se a eficácia da sanção imposta, a execução, portanto, da pena. Esta não pode, sob risco de adentrar-se o campo da incoerência, ser provisória, já que a provisoriedade sugere a possibilidade de retorno ao estágio anterior, caso modificada a decisão que a ensejou. E ninguém devolve à pessoa, ao homem, a liberdade perdida. Em síntese, uma deficiência do Estado, a revelar o emperramento da máquina judiciária, em termos de entrega final da prestação jurisdicional, não pode levar ao menosprezo do que se contém a título de garantia na Constituição Federal.

O ordenamento espanhol reconhece a presunção de inocência conforme o artigo 24.2 da Constituição de 1978. Mais ainda: a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, contém garantias mínimas relativas ao justo processo e revela que toda pessoa acusada de crime tem

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

direito a que se presuma sua inocência – mas, no Brasil, não, presume-se que todos sejam salafrários até prova em contrário – enquanto não se prove sua culpabilidade.

Seguindo-se a esse documento de Paris, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, Roma 1950, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovados pela Assembleia Geral da ONU, em 1966, trazem disposições expressas a respeito da presunção de inocência. Mais recentemente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na conferência de São José da Costa Rica, 1969, estabeleceu que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Como então dizer-se que se trata simplesmente de criação brasileira, inventada? Para concluir-se, nesses tempos de busca incessante de melhores dias para esta sofrida República, que se visa beneficiar corruptos! Ninguém é a favor da corrupção! A sociedade chegou ao ponto máximo de indignação! Ela, se pudesse, teria vísceras, sangue, construiria um paredão e, sem o devido processo, fuzilaria todos aqueles acusados, simplesmente acusados, de corrupção.

Tem-se, conforme ressaltado no artigo, princípio informador, princípio-norma do ordenamento jurídico, que possui inúmeras consequências, entre as quais, cita o Professor referido, a garantia de jurisdicionalidade; o devido processo legal; a atribuição ao Estado-acusador do ônus da prova; a regra segundo a qual, em havendo dúvida, deve-se decidir em favor do acusado; o direito à não incriminação; a garantia de tratamento do acusado como inocente; de preservação da liberdade durante o processo, salvo situação excepcional a ditar a prisão processual, que não revela execução de pena, como previsto no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, sob pena de ter-se disfarçada antecipação da punição.

Firmo o que veiculei ao votar pelo deferimento da liminar e, atendendo ao pedido principal, no sentido de aguardar-se a preclusão maior do título condenatório, nas declaratórias nº 43 e nº 44 – deviam estar sendo julgadas ou já deviam ter sido julgadas, ante a premência da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

matéria. Liberei os processos, para exame, em dezembro último – e, digo, ficará nos anais do Tribunal, sem apequenar o Supremo, já deveriam ter sido incluídas na pauta denominada dirigida, com designação de data para o pronunciamento final, forte no que dispõe o inciso LVII do rol das garantias constitucionais, ou seja, do artigo 5º, cujo teor não permite sejam suscitadas dúvidas.

O que quer dizer o texto "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"? Ressaltou-se muito que há verbete na Súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nº 267, se não me falha a memória, e também na Súmula da jurisprudência predominante do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verbete nº 122, a revelarem a automaticidade da execução da pena, embora ainda não seja imutável, desde que decorra de pronunciamento, confirmando ou não a sentença de primeiro grau, de órgão revisor.

O Judiciário está organizado em patamares, e o arcabouço normativo prevê, contra decisão de segundo grau, o recurso de embargos junto ao mesmo órgão, se não unânime a decisão, e os recursos especial e extraordinário para o Superior e para o Supremo, sendo que o primeiro é viabilizado, enquanto o extraordinário pressupõe a transgressão a texto da Constituição Federal, pela infringência à lei – diga-se Código Penal, Código de Processo Penal e legislação esparsa penal e processual – e divergência jurisprudencial, a fim de que se mantenha a unidade do próprio Direito. O Superior Tribunal de Justiça é um tribunal, por excelência, uniformizador da jurisprudência.

O sistema é esse. E o que se contém no inciso a que me referi, o LVII do artigo 5º da Constituição Federal, possui irreversibilidade, no que, de início, nem mesmo emenda constitucional – e uma emenda, não sei qual é o teor, está sob a relatoria do senador Ferraço, do Espírito Santo, versa a matéria e parece que transforma os recursos especial e extraordinário em verdadeiras rescisórias ou ações revisionais – pode afastá-lo, presente a regra, que não é um penduricalho simplesmente, do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior:

> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

> tendente a abolir:
>
> IV - os direitos e garantias individuais.

Difícil é dizer que o previsto sobre a culpabilidade não encerre garantia individual.

Qual é o histórico da jurisprudência? Custou muito a vir ao Plenário a discussão sobre a possibilidade ou não de ter-se a execução do título condenatório, para mim, açodada, temporã, precoce. Veio o primeiro caso, pelo menos na garimpagem que fiz só encontrei esse precedente, em 1991. Estavam ausentes eu próprio, o ministro Celso de Mello e o ministro Sydney Sanches. E, por 8 votos, disse-se viabilizada, pela Constituição Federal, a execução do título condenatório, muito embora pendente recurso para Brasília. Refiro-me ao *habeas corpus* nº 68.726, Minas Gerais – meu Colega o ministro Alexandre referiu-se a Distrito Federal, e, inclusive, eu disse que o precedente era mineiro –, julgado no dia 28 de junho de 1991. Posteriormente, confirmou-se, no Plenário – o verdadeiro Plenário, não aquele outro que se aponta e se diz virtual –, essa decisão.

No primeiro caso, foi relator o ministro Néri da Silveira, que ocupou e honrou, durante muitos anos, esta cadeira que hoje ocupo.

No segundo caso, o *habeas corpus* nº 69.964, julgado em 18 de dezembro de 1992, foi relator o ministro Ilmar Galvão. Então, por uma maioria de 5 votos a 2, vencidos eu próprio e o ministro Sepúlveda Pertence, assentou-se a possibilidade de execução temporã da pena.

Mas, em 2009, o Plenário voltou a enfrentar a matéria. E o Plenário é o ambiente propício a discutir-se e rediscutir-se qualquer tema, tudo visando a prevalência da Constituição Federal. Defrontou-se com a questão mediante o *habeas corpus* nº 84.078, também de Minas Gerais, relatado pelo ministro Eros Grau, professor das arcadas. E houve a maioria de 7 votos – Plenário completo – contra 4 votos vencidos, no sentido de entender-se que está violentada a dignidade da pessoa humana, mediante a promoção da chamada execução antecipada da pena, execução dita provisória.

Formamos na corrente vencedora o ministro Gilmar Mendes, o ministro relator Eros Grau, o ministro Celso de Mello, eu próprio, o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

ministro Cezar Peluso, o ministro Carlos Ayres Britto e o ministro Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos a ministra Ellen Gracie, que não compõe mais o colegiado, o ministro Joaquim Barbosa, que também não o compõe, o ministro Menezes de Direito, que não está entre nós "vivos", e Vossa Excelência, hoje, Presidente do Tribunal.

Mas, sete anos depois – e se diz que não se pode discutir enfoque que vigora há dois anos, um mês e alguns dias – de pacificada a matéria pelo Supremo, homenageando, a mais não poder, a Constituição Federal, deu-se a revisão, ao julgar-se o *habeas corpus* nº 126.292/SP, relator o saudoso Colega, que teve morte trágica, ministro Teori Zavascki. Por 7 votos a 4 – o mesmo escore da decisão que endossou o princípio da não culpabilidade – reverteu-se a jurisprudência.

A ala punitivista aplaudiu a reversão. A maioria foi formada pelo ministro Gilmar Mendes, por Vossa Excelência, pelo ministro Dias Toffoli, pelo ministro Luiz Fux, pelo ministro relator Teori Zavascki, pelo ministro Luís Roberto Barroso e pelo ministro Luiz Edson Fachin. Ficamos vencidos a ministra Rosa Weber, o ministro Celso de Mello, o ministro Ricardo Lewandowski e, como já disse que ficamos vencidos, eu próprio.

Caminhamos, Presidente, e se acabou ajuizando duas ações declaratórias de constitucionalidade para ver-se – é o pedido – declarado harmônico com a Constituição Federal o artigo 283 do Código de Processo Penal. Trouxe essas duas ações para apreciação dos pedidos de implemento de medida acauteladora, cada qual contendo dois pedidos: o principal, para aguardar-se o trânsito em julgado do título condenatório, como previsto no artigo 283, no que repete a Constituição de 1988, e o segundo, para, vencidos os requerentes quanto ao primeiro, ter-se, pelo menos, o crivo, para chegar-se à execução, do Superior Tribunal de Justiça, já que a via de acesso a esse Tribunal é bem mais alargada do que a do Supremo, mediante o recurso extraordinário, submetido à repercussão geral e a pressupor transgressão da Carta da República.

Nas declaratórias, relativamente à medida acauteladora, houve escore apertadíssimo – 6 a 5. Votaram indeferindo a liminar o ministro

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

Gilmar Mendes, o ministro Dias Toffoli – numa posição intermediária, indeferia quanto ao primeiro pedido e deferia quanto ao segundo –, o ministro Luiz Fux, o ministro Teori Zavascki, o ministro Luís Roberto Barroso e o ministro Luiz Fachin; ficaram vencidos eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e, em parte, Dias Toffoli.

Mas a saga da punição não parou. Aqueles que entendem poder haver a execução precoce simplesmente partiram para a reapreciação da matéria, atropelando essas duas ações declaratórias de constitucionalidade em tramitação, e o fizeram no dito Plenário Virtual, cujo objetivo inicial foi definir a repercussão geral ou não do tema. A pretexto de confirmar a jurisprudência – havia, realmente, o julgamento do Plenário no *habeas corpus* a que me referi, de fevereiro de 2016 –, partiu-se, em esmagadora postura, considerada a minoria, atropelando-se – repita-se – as duas ações declaratórias de constitucionalidade, para o exame de fundo do próprio recurso extraordinário, transgredindo o devido processo legal, no que a parte interessada não teve o direito de ver o defensor técnico assomar à tribuna para fazer a sustentação, não ocorrendo sequer troca de ideias entre os Ministros.

Ocorreu um dado interessantíssimo, e vejam os senhores o atropelo. Por incrível que pareça, julgou-se o recurso extraordinário no Plenário Virtual antes de esgotada a jurisdição no Superior Tribunal de Justiça, porque o recurso especial foi apreciado em 15 de dezembro de 2016, enquanto o extraordinário o foi no dia 11 de novembro desse ano. Continuo assentando não poder observar essas decisões de fundo.

Há efeito vinculante, considerada a decisão proferida mediante repercussão geral? Mais ainda, há efeito vinculante para os próprios integrantes do Supremo? Claro que o exemplo vem de cima. Não, não há o efeito vinculante, basta conferir-se o Código de Processo Civil. Se o órgão de origem, prolator da decisão impugnada mediante recurso extraordinário sobrestado, aguardando a definição de entendimento pelo Supremo, não acolher o pronunciamento do Supremo, qual é a consequência? Perdem os integrantes do órgão o subsídio? Não! São

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

multados? Não! Simplesmente, o órgão tem de remeter ao Supremo o recurso extraordinário interposto, o que revela não haver eficácia vinculante na decisão, na repercussão geral.

Presidente, não posso, após tantos anos no ofício judicante – vou completar, com muita satisfação, 40 anos em novembro próximo –, a esta altura, em relação à Constituição Federal, dar o dito pelo não dito! Potencializar o objetivo, olvidar o meio para chegar a esse objetivo que é a correção de rumos, alcançar dias melhores, como falei, nesta sofrida República, e proclamar aos quatro ventos – depois dizem que a Constituição Federal é o que a maioria no Supremo diz que ela é – ser letra morta a garantia constitucional segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma decisão – não potencializo o vocábulo "sentença", no que tem o significado de "decisão" – judicial condenatória.

Meu dever maior não é atender a maioria indignada. O meu dever maior – porque somente assim se avança culturalmente – é tornar prevalecente a Lei das leis, a Constituição Federal, que precisa – se é que queremos melhores dias no Brasil – ser amada um pouco mais por todos os brasileiros.

Por isso, acompanho o voto do ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de observar-se a regra segundo a qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não se ter, até essa preclusão, até a imutabilidade do título condenatório no campo recursal, a execução da pena, a execução automática, ante uma decisão, confirmando ou não – a decisão do Juízo pode ser absolutória e surgir a condenação apenas no órgão revisor –, do pronunciamento, pendente recurso, que pode frutificar.

É como voto na espécie.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14753773.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, volto à colocação que fiz: se estivéssemos a decidir, hoje, o pedido de concessão de medida acauteladora nas duas declaratórias, ante a evolução do ministro Gilmar Mendes e também, já agora, a ressalva de entendimento, no Plenário, da ministra Rosa Weber, que votara, lá atrás, vencida, haveria o implemento das liminares.

Vencido na primeira parte, no que condiciono a execução ao trânsito em julgado do título condenatório, acolho o pleito de aguardar-se – não se julgando este processo pela capa. Vossa Excelência, sei bem, é toda-poderosa, no tocante à feitura da pauta dirigida!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) Não, não sou toda-poderosa, sou apenas a Presidente, que tenho a pauta, Ministro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A definição da colocação das duas declaratórias na pauta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso foi objeto de consideração, foi considerado, foi até pedido da tribuna também, por um advogado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, mas não foi objeto de consideração de julgamento, de apreciação por parte deste Plenário. O que nós decidimos foi só o sobrestamento da ordem de prisão até o julgamento deste *habeas corpus.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Os Ministros conheceram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me perdoe, devo dar um testemunho.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se arrependimento matasse, seria hoje um homem morto. Estava preparado para suscitar a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130109.

questão de ordem. Anunciei-a inclusive, na quarta-feira, dia 22, mas recuei quanto à proposta que faria, porque Vossa Excelência sinalizou....

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu coloquei o *habeas corpus.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ...sinalizou o julgamento deste *habeas,* e presumi o que normalmente ocorre, não o extraordinário: que cada qual dos integrantes se pronunciaria de acordo com o convencimento formado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso não levantei, para preservar não Vossa Excelência, mas essa cadeira que Vossa Excelência ocupa, a de Presidente. Porque a questão de ordem era para colocar, em votação, a inserção, a designação de dia para julgamento das duas declaratórias, julgamento que já tarda, tendo em conta as implicações da apreciação deste *habeas*.

E nos defrontamos com quadro conflitante. O Tribunal indeferirá a ordem neste *habeas* para, posteriormente – por maioria escassa, é certo, considerados os dois votos, do ministro Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber –, julgar no sentido da constitucionalidade, pelo menos parcial, do artigo 283 do Código Processo Penal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então passa-se a julgar o *habeas corpus* pela capa, não pelo conteúdo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, como eu disse, na quarta-feira, quinze dias atrás...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O único risco é acharem que sou petista!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - ...quando o Ministro-Relator, na sexta-feria, dia 19, liberou, eu dei cumprimento tanto ao Regimento quanto a legislação no sentido da preferencialidade e urgência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130109.

Naquela ocasião, afirmei aqui, telefonei ao Ministro-Relator se queria que colocasse, como manda o art. 83, na primeira sessão, que seria na quarta, e resolvemos que seria na quinta; levamos em consideração que era um caso subjetivo, como tem sido julgado no Brasil inteiro, inclusive nas Turmas, e que nós tínhamos, como aqui já foi repetido, mais de uma vez, o *Habeas Corpus* 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado nesta matéria, as cautelares. E temos hoje, na pauta, liberados duzentos e onze casos de ações diretas com liminares, até em matéria penal, e o Recurso Extraordinário 964.246, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, com repercussão geral reconhecida e que estava sendo aplicada na Turma.

E, por isso, exatamente, dando cumprimento à Constituição, é que foi trazida, na forma exposta pelo Ministro-Relator, e que foi julgada e votada pelos Senhores Ministros.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130109.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Alguns pronunciamentos **manifestados** no dia de ontem (**03/04/2018**), **especialmente** declarações **impregnadas** *de insólito conteúdo admonitório* **claramente infringentes** do princípio da separação de poderes, **impõem** que se façam breves considerações a respeito desse fato, **até mesmo** em função da altíssima e digníssima fonte de que emanaram.

Tais **surpreendentes** declarações, **amplamente divulgadas** pelos meios de comunicação, **fazem recordar** *lamentável episódio histórico* **ocorrido** em nosso País nos pródromos da República, **quando** o Marechal Floriano Peixoto, **no exercício** da Presidência da República, **confrontado** pela impetração de "*habeas corpus*" (**HC** 300), por RUY BARBOSA, em abril de 1892, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **em favor** de inúmeros pacientes, **entre os quais** *o poeta parnasiano Olavo Bilac*, **reage**, *formulando inadmissível ameaça* aos Ministros **deste** Alto Tribunal **que se traduziu** – *segundo versão registrada por historiadores* (EMILIA VIOTTI DA COSTA, "**O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**", p. 37, 2ª ed., 2007, Ieje; MARCO ANTONIO VILLA, "**A História das Constituições Brasileiras**", p. 133, 2ª reimpressão, 2011, Leya; LÊDA BOECHAT RODRIGUES, "**História do Supremo Tribunal Federal**", tomo I, p. 18-19, 2ª ed., 1991, Civilização Brasileira; ALIOMAR BALEEIRO, "**O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**", p. 24/25, item n. 6, 1968, Forense) – **na seguinte afirmação a ele atribuída**: "*Se os juízes concederem 'habeas corpus' aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o 'habeas corpus' de que, por sua vez, necessitarão*".

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Em um contexto de grave crise **que afeta e compromete**, *de um lado*, **os próprios** fundamentos ético-jurídicos **que dão sustentação** ao exercício legítimo do poder político **e que expõe**, *de outro*, **o comportamento anômalo** de protagonistas relevantes **situados** nos diversos escalões do aparelho de Estado, **torna-se perceptível** *a justa, intensa e profunda indignação da sociedade civil* **perante** esse quadro deplorável de desoladora e aviltante perversão da ética do poder e do direito!

É que se mostra intolerável ao cidadão honesto, **que cumpre** os seus deveres **e que respeita** o império da lei, **viver** em uma sociedade moralmente corrompida **e na qual a realização** do bem comum, **longe de constituir** o objetivo primário dos exercentes das funções governamentais, **representa** encargo e obrigação ignorados, *quando não desprezados*, pelos detentores do poder!

A corrupção governamental e a avidez criminosa de empresários que a fomentam em benefício próprio **culminam por capturar** as instituições do Estado, **tornando-as reféns** de seus ilícitos e imorais propósitos, **deformando e subvertendo** o próprio sentido da ideia de República!

Em situações tão graves assim, costumam insinuar-se pronunciamentos **ou** registrar-se movimentos **que parecem prenunciar** a retomada, *de todo inadmissível*, de práticas **estranhas** (e lesivas) à ortodoxia constitucional, **típicas de um pretorianismo** *que cumpre repelir*, **qualquer que seja** a modalidade que assuma: *pretorianismo oligárquico*, *pretorianismo radical* **ou** *pretorianismo de massa* (SAMUEL P. HUNTINGTON, "**Pretorianismo e Decadência Política**", 1969, Yale University Press).

A nossa própria experiência histórica **revela-nos** – *e também nos adverte* – **que insurgências** *de natureza pretoriana*, **à semelhança** da ideia metafórica *do ovo da serpente* (República de Weimar), **descaracterizam** a legitimidade do poder civil instituído **e fragilizam** as instituições

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

democráticas, **ao mesmo tempo em que desrespeitam** a autoridade suprema da Constituição e das leis da República!

Já se distanciam no tempo histórico **os dias sombrios** que recaíram sobre o processo democrático em nosso País, *em momento declinante das liberdades fundamentais*, **quando** a vontade hegemônica dos curadores do regime político então instaurado **sufocou**, *de modo irresistível*, **o exercício** do poder civil.

É preciso ressaltar que a experiência concreta **a que se submeteu** o Brasil no período de vigência do regime de exceção (1964/1985) **constitui**, *para esta* **e** *para as próximas gerações*, **marcante advertência** que não pode ser ignorada: **as intervenções pretorianas** no domínio político-institucional **têm representado** *momentos de grave inflexão* no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Intervenções castrenses, *quando efetivadas* e *tornadas vitoriosas*, **tendem**, *na lógica do regime supressor das liberdades que se lhes segue*, **a diminuir** (*quando não a eliminar*) o espaço institucional **reservado** ao dissenso, **limitando**, *desse modo*, **com danos irreversíveis** ao sistema democrático, **a possibilidade** de livre expansão da atividade política **e** do exercício pleno da cidadania.

Tudo isso é inaceitável, Senhora Presidente, **porque** o respeito indeclinável à Constituição **e** às leis da República **representa** *limite inultrapassável* a que se devem submeter os agentes do Estado.

Passo a examinar, *agora*, Senhora Presidente, **o mérito** da presente impetração, **cuja análise**, *no entanto*, **não envolverá** a apreciação do litígio penal **instaurado no Processo-crime** nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. **E**, *ao fazê-lo*, **assinalo que a controvérsia jurídica** ora em julgamento, **resultante** dos debates **em torno** da extensão e abrangência da presunção constitucional de inocência, **tal como reconhecida** *pelo direito constitucional positivo brasileiro* (**CF**, art. 5º, inciso LVII), **consiste em definir-se o momento** *a partir do qual* a pessoa sob persecução criminal

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

pode ser legitimamente considerada *culpada*, **especialmente** para efeito **de sua imediata** submissão *à prisão penal* ("*carcer ad poenam*"), **tão logo esgotado** *o duplo grau de jurisdição* pelo pronunciamento, *embora recorrível*, de um Tribunal situado em segunda instância.

A parte ora impetrante, ao ajuizar **a presente** ação de "*habeas corpus*", **formulou**, *entre os diversos pleitos por ela deduzidos*, **pedido objetivando** "*a concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*, ***homenageando a cláusula pétrea*** *prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República*" (**grifei**), **que assim dispõe**:

> "***Art. 5º*** *(…):*
>
> ….....
>
> ***LVII*** *– **ninguém** será considerado culpado **até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória;*" (**grifei**)

Ao participar, *no Plenário desta Corte*, **de julgamentos** sobre essa questão, **expendi** algumas obervações *que tenho por necessárias e indissociáveis* do tema em causa, **que se referem** *às delicadas relações* **entre** o poder persecutório e punitivo do Estado **e** o complexo de direitos e garantias *de índole legal* **e** *constitucional* **que compõem**, em nosso sistema normativo, *o estatuto das liberdades fundamentais dos cidadãos da República*.

Tenho enfatizado, *em diversos votos que já proferi no Supremo Tribunal Federal*, **que os poderes do Estado**, *em nosso sistema constitucional*, *são essencialmente definidos* **e** *limitados pela própria Carta Política*, "***E a Constituição foi feita para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos***" (HUGO L. BLACK, "**Crença na Constituição**", p. 39, 1970, Forense).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Uma Constituição escrita – *já o afirmei nesta Suprema Corte* (**RTJ 146/707-708**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – **não configura** *mera peça jurídica*, **nem representa** *simples estrutura de normatividade*, **nem pode caracterizar** *um irrelevante acidente histórico* **na vida** dos Povos e das Nações.

Na realidade, a Constituição **traduz** documento político-jurídico *da maior importância*, cuja superioridade **impõe-se** à observância de todos, **notadamente daqueles que exercem** o poder político, **destinando-se a proteger** as liberdades, **a tutelar** os direitos **e a inibir** os abusos do Estado e daqueles que em seu nome atuam.

Torna-se essencial proclamar, *por isso mesmo*, que a Constituição **não pode submeter-se** *à vontade dos poderes constituídos* **nem** *ao império dos fatos* **e** *das circunstâncias*. **A supremacia** de que ela se reveste – *enquanto for respeitada* – **constituirá** *a garantia mais efetiva* de que os direitos e as liberdades *jamais serão ofendidos*. Ao Supremo Tribunal Federal **incumbe a tarefa**, *magna e eminente*, de velar para que essa realidade não seja desfigurada, **pois** – *como ninguém o desconhece* – **todos os atos estatais** *que repugnem à Constituição* **expõem-se** à censura jurídica (**dos Tribunais**, *especialmente*) porque são írritos, nulos **e** desvestidos *de qualquer* validade (**v.**, *a respeito*, MARCELO REBELO DE SOUSA, "**O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**", 1988, Gráfica Portuguesa).

Sabemos todos, Senhora Presidente, **que a Constituição da República** de 1988, **passados** *quase 30 anos* de sua promulgação, **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **um papel** *de imenso relevo* **no aperfeiçoamento** das instituições democráticas **e na afirmação** dos princípios sob cuja égide **floresce** *o espírito virtuoso* que anima e informa a ideia de República.

Se é certo, *portanto*, Senhora Presidente, **que esta** Suprema Corte **constitui**, *por excelência*, **um espaço** de proteção **e** defesa das liberdades

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

fundamentais, **não é menos exato** que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, **para que sejam** *imparciais*, *isentos* **e** *independentes*, **não podem expor-se** a pressões externas, **como aquelas** resultantes *do clamor popular* **e** *da pressão das multidões*, **sob pena** *de completa subversão* **do regime** constitucional dos direitos e garantias individuais **e** *de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais* que a ordem jurídica assegura *a qualquer réu* mediante instauração, em juízo, *do devido processo penal*.

A questão da legitimidade do Poder Judiciário **e do exercício independente** da atividade jurisdicional **foi bem analisada** *em brilhante artigo* da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, **que examinou** o tema **na perspectiva** das manifestações populares **e** da opinião pública, **sustentando**, *com razão*, que "*a legitimidade do Poder Judiciário* ***não repousa*** *na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes,* ***mas na aplicação*** *do direito* ***sob critérios*** *de correção jurídica,* ***conforme*** *as regras do discurso racional*" (**grifei**).

Assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem entendido** qualificar-se *como abusiva e ilegal* **a utilização** *do clamor público* como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, notadamente daquelas sob investigação do Estado (**RTJ** 112/1115 – **RTJ** 172/159 – **RTJ** 180/262-264 – **RTJ** 187/933-934 – **RTJ** 193/1050, *v.g.*), **torna-se importante destacar** *um aspecto relevantíssimo* **concernente** ao processo decisório **que deve ocorrer** em "*ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica*".

Nesse contexto, *e embora jamais deixando de reconhecer* **que todos** os cidadãos da República **têm direito** à livre expressão de suas ideias e pensamentos, **torna-se necessário advertir** que, **sem prejuízo** da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento jurídico-normativo, **os julgamentos** do Poder Judiciário, *proferidos em ambiente de serenidade*, **não podem** deixar-se contaminar, *qualquer que seja o sentido pretendido*, **por juízos paralelos** resultantes de manifestações da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

opinião pública **que objetivem** condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, **pois**, *se tal pudesse ocorrer*, **estar-se-ia a negar** a *qualquer* acusado em processos criminais *o direito fundamental a um julgamento justo*, **o que constituiria** *manifesta ofensa* **não só** ao que proclama a própria Constituição, **mas**, *também*, **ao que garantem** os tratados internacionais de direitos humanos **subscritos** pelo Brasil **ou** aos quais o Brasil aderiu.

É preciso que fique claro, Senhora Presidente, que **esta** Suprema Corte **não julga** em função da qualidade das pessoas **ou** de sua condição econômica, política, social ou funcional.

Este julgamento **transcende** a figura pessoal da parte interessada, *o ora paciente*, **pois refere-se ao exame** *de um direito fundamental* – **que traduz** *relevantíssima conquista histórica da cidadania* em face do Estado – **sempre combatido** por regimes despóticos **e contestado** por mentes autoritárias, **vocacionado a amparar** *qualquer cidadão da República* **contra** práticas arbitrárias, **independentemente** da natureza do delito pelo qual esteja sendo processado **ou** pelo qual tenha sido condenado, **ainda mais se se considerar**, **como observa** GILMAR MENDES ("**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**", p. 28, item n. 1.1, 1998, Celso Bastos Editor), que "*A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica*".

Daí a advertência feita por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ("**O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória**", p. 185 e ss., nota 37, 1987), **que reconhece a essencialidade da presunção de inocência** *como prerrogativa básica que compõe o estatuto constitucional de defesa* daqueles que sofrem persecução estatal **e cujos direitos**, *impregnados de um sentido de fundamentalidade*, **muitas vezes veem-se expostos** a práticas estatais **ditadas** *por razões fundadas em visões autoritárias* **que exprimem** *a filosofia da lei e ordem* **ou que**, *muitas vezes*,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

aproximam-se, *perigosamente*, **das concepções próprias** *do direito penal do inimigo*:

> "(…) *é de resto um facto amplamente comprovado nos países mais dados a estudos de sociologia processual penal (…) que sempre que, através de campanhas de 'luta contra o crime' e de 'manutenção da ordem' 'a todo o custo', levadas a cabo por entidades oficiais e secundadas pelos meios de informação, se abala a presunção de inocência do acusado até à condenação, o efeito necessário* ***é a permissão de um sistema informal de 'justiça penal sem julgamento' onde****, é claro,* ***sofrem irreparável dano as liberdades e garantias do cidadão. Por isso não apresenta qualquer dúvida para mim que aquela 'presunção' pertence aos princípios fundamentais de qualquer processo penal em um Estado-de-direito*** *(…)*." (**grifei**)

O Supremo Tribunal Federal **possui** *a exata percepção dessa realidade* **e tem**, *por isso mesmo*, **no desempenho** de suas funções, **um grave compromisso** na preservação da intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo** *que razões de pragmatismo* **ou** *de mera conveniência* de grupos, instituições ou estamentos **prevaleçam e deformem** o significado da própria Lei Fundamental.

Nesse contexto, **incumbe** aos magistrados e Tribunais, **notadamente** *aos Juízes da Corte Suprema do Brasil*, **o desempenho** dos deveres que lhes são inerentes, **entre os quais avultam**, por seu **inquestionável** relevo, *o de velar* pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, *o de repelir* condutas governamentais abusivas, *o de conferir* prevalência à essencial dignidade da pessoa humana *e o de neutralizar* qualquer ensaio de opressão estatal.

Torna-se de vital importância reconhecer, *por tal razão*, que o Supremo Tribunal Federal – **que é o guardião** da Constituição *por expressa delegação do poder constituinte* – **não pode renunciar** ao exercício desse

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

encargo, **pois**, *se* a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, *a integridade* do sistema político, *a proteção* das liberdades públicas, *a estabilidade* do ordenamento normativo do Estado, *a segurança* das relações jurídicas *e a legitimidade* das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República **pode submeter** a Constituição *a seus próprios* desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou**, *ainda*, a avaliações discricionárias **fundadas em razões** *de conveniência* **ou** *de pragmatismo*, **eis que** a relação *de qualquer* dos Três Poderes com a Constituição **há de ser**, *necessariamente*, **uma relação de incondicional respeito**, *sob pena* de juízes, legisladores **e** administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito *em uma promessa frustrada* **pela prática autoritária do poder**.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, *porque nada recompõe os gravíssimos efeitos* que derivam **do gesto de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental, **como adverte** KONRAD HESSE ("**A Força Normativa da Constituição**", p. 22, 1991, **tradução** de Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor).

É que uma Constituição democrática – muito mais do que um estatuto de organização do poder **e** de garantia das liberdades públicas – **reveste-se de alta significação emblemática**, pois representa a expressão **mais intensa** do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, **nela concentrando-se o modelo legitimador** das práticas governamentais **e** do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

Tenho salientado, *bem por isso*, **em diversas decisões que proferi** no Supremo Tribunal Federal, **que os desvios inconstitucionais** do Estado **no exercício** do seu poder de persecução **e** de punição em matéria criminal **geram**, *na ilegitimidade desse comportamento do aparelho*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

governamental, **efeitos perversos** *que deformam os princípios* que estruturam a ordem jurídica, *subvertem as finalidades* do sistema normativo **e** *comprometem a integridade e a supremacia* da própria Constituição da República.

Essa é a razão pela qual, Senhora Presidente, *tem sido constante* **e** *inalterada* **a minha posição**, no Supremo Tribunal Federal, **em torno** da questão **referente** ao alcance **e** ao conteúdo da presunção de inocência.

Para não recuar muito no tempo, Senhora Presidente, **localizei acórdãos meus**, *de que fui Relator*, **que datam** de *1989*, *1996*, *2000* **e** *2004*, entre muitos outros, **proferidos em períodos nos quais** – *assinale-se* – o ora paciente **sequer** era Presidente (1989, 1996 e 2000) **ou**, *então*, **em momento** (2004) **no qual** *nem mesmo existiam* as operações **referentes** ao "*Mensalão*" **e** à "*Lava-Jato*".

Vê-se, *desse modo*, **que há quase** *29* (*vinte e nove*) *anos* **tenho julgado** a controvérsia ora em exame **sempre** *no mesmo sentido*, **ou seja**, **reconhecendo**, *expressamente*, **com fundamento** *na presunção de inocência*, **que as sanções penais somente** *podem sofrer execução definitiva*, **não se legitimando**, *quanto a elas*, **a possibilidade** *de execução provisória*, **em razão** de as penas **impostas** ao condenado, *a qualquer condenado*, **dependerem**, *para efeito de sua efetivação*, **do trânsito em julgado** da sentença que as aplicou, **eis que** *o postulado constitucional do estado de inocência* **consagra** *uma regra de tratamento* **que impede** o Poder Público de agir e de comportar-se, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes já houvessem sido condenados** *definitivamente* por sentença do Poder Judiciário (**HC 67.707/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *07/11/1989* – **HC 73.338/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *13/08/1996* – **HC 79.812/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *08/11/2000* – **HC 84.859/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *14/12/2004*, *v.g.*).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

É interessante observar, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, *em diversos outros julgamentos*, **sempre tendo em consideração** *a presunção de inocência*, **tal como formalmente positivada** *em nossa Lei Fundamental*, **reconheceu**, *neste E. Plenário*, que a regra legal **inscrita** no art. 393 do CPP, **hoje derrogada** pela Lei nº 12.403/2011, **por revelar-se** materialmente incompatível **com a vigente** Constituição Federal (art. 5º, LVII), **não foi recebida** *pela nova ordem constitucional*, **como observa** RENATO BRASILEIRO DE LIMA ("**Código de Processo Penal Comentado**", p. 1.092, item n. 1, 2ª ed., 2017, JusPODIVM):

> "*(...)* ***em sua redação original****, o art. 393 do CPP* ***dispunha serem efeitos da sentença condenatória 'recorrível'*** *ser o acusado preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança,* ***além da inclusão de seu nome no rol dos culpados****. Este rol dos culpados é um livro cartorário destinado à inclusão do nome de condenados, sua qualificação e referência ao processo em que foi proferida sentença condenatória.* ***Tais dispositivos sempre foram tidos pela doutrina como não recepcionados pela Constituição Federal, porquanto contrários à regra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência****.* ***Com o advento da Lei n. 12.403/11, houve a revogação expressa do art. 393****. Destarte,* ***conclui-se que, nos mesmos moldes que o cumprimento da pena, o lançamento do nome do acusado*** *no rol dos culpados* ***somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado*** *da sentença penal condenatória."* (**grifei**)

Observo, *por relevante*, **que essa orientação** *sempre teve o beneplácito* **de ambas** as Turmas deste Supremo Tribunal (**HC 80.174/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **HC 80.535/SC**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *v.g.*), **valendo referir**, *por expressivo desse entendimento*, **o seguinte julgado**:

> "***CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. PENA DE DEMISSÃO. CABIMENTO.***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> ***C.F., art. 5º, LXVIII. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO: IMPOSSIBILIDADE. C.F., art. 5º, LVII. LANÇAMENTO DO NOME DO RÉU NO ROL DOS CULPADOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE.***
>
> ….....
>
> ***III. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado*** *da decisão condenatória.* ***Precedentes.***
>
> ***IV. – 'H.C.' conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido parcialmente para que o nome do paciente seja retirado do rol dos culpados, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.***"
>
> (**HC 82.812/PR**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **grifei**)

O E. Plenário do Supremo Tribunal Federal, *de outro lado*, **também com apoio** *na presunção constitucional de inocência*, **formulou** juízo **negativo** de recepção **do § 1º** do art. 408 do CPP, na redação **anterior** à Lei nº 9.033/1995, **no ponto** em que mencionada regra legal – **hoje constante** do § 1º do art. 413 do CPP, **nos termos** da Lei nº 11.689/2008 – **determinava** que o Juiz, **ao pronunciar** o acusado no procedimento penal do Júri, **ordenasse** o lançamento do nome do réu *no rol dos culpados*:

> *"– **O lançamento** do nome do acusado **no rol dos culpados viola** o princípio constitucional que, **proclamado** pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, **consagra**, em nosso sistema jurídico, **a presunção** 'juris tantum' de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.*
>
> ***A norma inscrita** no art. 408, § 1º, do CPP – **que autoriza o juiz**, na prolação da sentença de pronúncia, **a ordenar o lançamento** do nome do réu no rol dos culpados – **está derrogada** em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (**CF**, art. 5º, LVII).*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> ***A expressão legal*** *'rol dos culpados'* ***não tem sentido polissêmico***. ***Há***, *pois*, ***de ser entendida*** *como locução designativa da relação de pessoas* ***já definitivamente*** *condenadas*."
>
> (**HC 69.696/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Posta a questão nesses termos, **não há como compreender** que esta Corte, *em nome da presunção de inocência*, **afaste a possibilidade** *da inclusão do nome do réu no rol dos culpados* **antes do trânsito em julgado** da decisão condenatória, **mas permita**, paradoxalmente, *a execução prematura* (*ou provisória*) da pena, **que se projeta** *com efeitos muito mais gravosos* sobre o "*status poenalis*" do condenado.

Extremamente valioso o magistério do eminente Advogado *Dr. Pierpaolo Cruz Bottini*, **ilustre Professor** de Direito Penal nas "*Arcadas*" (Faculdade de Direito da USP), **quando**, ao referir-se à controvérsia **em torno** da denominada "*execução provisória da pena*" (**Conjur**, **edição** *de 23/02/2016*), **expende** considerações **extremamente** relevantes, **especialmente** no ponto em que assim se pronuncia:

> "***A Constituição Federal dita*** *que 'ninguém será considerado* ***culpado*** *antes do* ***trânsito em julgado*** *de sentença penal condenatória' (CF, artigo 5º, LVII, sem grifos). Para alguns, tal dispositivo* ***consagra*** *a presunção de inocência.* ***Para outros***, *a presunção de não culpabilidade.* ***Nomes à parte***, *o texto constitucional* ***é claro*** *ao dispor que* ***sem*** *trânsito em julgado* ***não há culpa***.
>
> ***No plano legal***, *o artigo 283 do Código de Processo Penal* ***expressa*** *que '****ninguém poderá ser preso*** *senão em virtude de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de* ***sentença condenatória transitada em julgado*** *ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva'.*
>
> ***Não se trata de dispositivo antigo***. ***A atual redação*** *do artigo 283 do CPP* ***foi aprovada*** *em 2011.* ***O anteprojeto que lhe deu origem foi subscrito***, *ainda em 2001,* ***por ninguém menos que***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Ada *Pellegrini Grinover,* ***Antonio*** *Magalhães Gomes Filho,* ***Scarance*** *Fernandes,* ***Petrônio*** *Calmon Filho,* ***Miguel Reale*** *Jr.,* ***Luiz Flávio*** *Gomes,* ***Nilzardo*** *Carneiro Leão,* ***René*** *Ariel Dotti,* ***Rogério*** *Lauria Tucci* ***e Sidney Beneti. Na Exposição de Motivos, consta o seguinte trecho****:*

> *'O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema (...)* ***Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são*** *(...)* ***d) impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar****' (...).*

A justificativa do Poder Executivo à época *(2001)* ***para o projeto também é clara****:*

> *'****Finalmente é necessário acentuar*** *que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigo 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal,* ***tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito*** *em julgado da sentença condenatória,* ***terá sempre caráter cautelar****.* ***A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios*** *do Estado constitucional e democrático de direito.' (...)*

Assim, ***lei e Constituição eram – e ainda são – harmônicas****.* ***Somente há culpa, e****, portanto,* ***prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado*** *da sentença penal condenatória,* ***com o fim do processo, após o julgamento de todos os recursos. Chega-se a isso com*** *a interpretação literal, com a interpretação histórica* ***e*** *com a interpretação sistemática.*

Por isso, antes do julgamento definitivo, é possível restringir direitos do réu diante de tumulto processual

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> *(destruição de provas, aliciamento de testemunhas),* ***da reiteração*** *de condutas delitivas, ou de indício concreto de possibilidade de fuga.* ***Fora disso****,* ***ele é inocente*** *– ou não culpado –* ***e como tal deveria ser tratado****.*
>
> .....
>
> ***Há quem diga*** *— e muitos o fazem —* ***que a decisão é importante porque os réus usam recursos demais****,* ***postergam*** *o final do processo* ***e****, com isso,* ***geram impunidade*** *pela prescrição.* ***Aqui****,* ***duas ponderações****:*
>
> ***Uma****: se os recursos* ***estão previstos*** *em lei,* ***devem ser usados****. Se não o forem, o advogado* ***infringe*** *seus deveres profissionais por assistir de forma inepta ao seu cliente.* ***Duas****: a mesma legislação* ***prevê filtros*** *para o exagero recursal, como a necessidade de demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário e a possibilidade de decisão monocrática no recurso especial quando a tese já esteja sedimentada em sentido contrário ao pretendido.*
>
> ***Porém****,* ***ainda que se insista que existem recursos demais****,* ***esse é um problema da lei****. Poderia o legislador* ***restringir*** *as hipóteses de recursos especiais e extraordinários,* ***ampliar*** *seus requisitos,* ***dificultar*** *sua interposição, como propôs o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso* ***em anteprojeto*** *de emenda constitucional. Assim, o processo terminaria mais cedo e seria possível executar a pena sobre culpados, sobre decisões* ***transitadas*** *em julgado."* (**grifei**)

Cabe acentuar, *por necessário*, **que a presunção de inocência**, *que confere suporte legitimador a um direito fundamental*, **protegido** por cláusula pétrea, **titularizado**, *sem exceção*, pela generalidade das pessoas, **não se reveste** *de valor absoluto*, **porque encontra limite** *no trânsito em julgado* da sentença penal condenatória, **a partir de cujo transcurso** o condenado **passa**, *então*, **em razão de seu novo** "*status poenalis*", **a ostentar** *a condição de culpado*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Cumpre também esclarecer, ainda, *por necessário*, que a presunção de inocência **não impede a imposição** *de prisão cautelar*, em suas **diversas** modalidades (**prisão** em flagrante, **prisão** temporária, **prisão** preventiva, **prisão** resultante de decisão de pronúncia **e prisão** fundada em condenação penal recorrível), **tal como tem sido reiteradamente reconhecido**, *desde 1989*, **pela jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal:

> "***PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE – GARANTIA EXPLÍCITA DO IMPUTADO – CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS – COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL***.
>
> – ***O princípio constitucional*** *da não-culpabilidade,* ***que sempre existiu****, de modo imanente,* ***em nosso ordenamento positivo****,* ***impede que se atribuam à acusação penal*** *conseqüências jurídicas* ***apenas compatíveis*** *com decretos judiciais* ***de condenação irrecorrível****.* ***Trata-se de princípio tutelar*** *da liberdade individual,* ***cujo domínio mais expressivo*** *de incidência é o da disciplina jurídica da prova.* ***A presunção*** *de não-culpabilidade,* ***que decorre*** *da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição,* ***é meramente relativa*** *('juris tantum').* ***Esse princípio****, que repudia presunções* ***contrárias*** *ao imputado,* ***tornou mais intenso*** *para o órgão acusador* ***o ônus substancial*** *da prova.* ***A regra da não-culpabilidade*** *– inobstante o seu relevo –* ***não afetou nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar*** *em nosso direito positivo.* ***O instituto da tutela cautelar penal****, que* ***não*** *veicula* ***qualquer*** *idéia de sanção,* ***revela-se compatível*** *com o princípio da não-culpabilidade."*
>
> (**HC 67.707/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *07/11/1989*)

> "***PRISÃO PROCESSUAL. NÃO A IMPEDE O ART. 5º, ITEM LVII, DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL***.
>
> ***O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o disposto no item LVII*** *do art. 5º da Constituição Federal de 1988,* ***ao dizer*** *que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

*sentença penal condenatória', **não revogou os dispositivos** do Código de Processo Penal **que preveem a prisão processual**."*

(**HC 67.841/SC**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, *05/04/1991* – **grifei**)

"***PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO--CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL.***

*– **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **firmou-se no sentido de reconhecer** que a prisão **decorrente** de sentença condenatória **meramente** recorrível **não transgride** o princípio constitucional da não-culpabilidade, **desde** que a privação da liberdade do senteciado – **satisfeitos os requisitos de cautelaridade** que lhe são inerentes – **encontre fundamento** em situação evidenciadora **da real necessidade** de sua adoção. **Precedentes**.*

*– **A Convenção Americana** sobre Direitos Humanos **não assegura**, de modo irrestrito, **ao condenado** o direito de (**sempre**) recorrer em liberdade, **pois** o Pacto de São José da Costa Rica, **em tema** de proteção ao 'status libertatis' do réu, **estabelece**, em seu Artigo 7º, nº 2, que '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', **admitindo**, desse modo, **a possibilidade** de **cada** sistema jurídico nacional **instituir** os casos em que se legitimará, ou não, **a privação cautelar** da liberdade de locomoção física do réu **ou** do condenado. **Precedentes**.*

*– O Supremo Tribunal Federal – **embora admitindo a convivência entre os diversos** instrumentos de tutela cautelar penal **postos à disposição** do Poder Público, de um lado, **e a presunção constitucional** de não-culpabilidade (**CF**, art. 5º, LVII) **e** o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – **tem advertido** sobre a necessidade **de estrita observância**, pelos órgãos*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> *judiciários competentes,* ***de determinadas exigências, em especial*** *a demonstração –* ***apoiada*** *em decisão* ***impregnada*** *de fundamentação substancial –* ***que evidencie a imprescindibilidade****, em cada situação ocorrente,* ***da adoção*** *da medida constritiva do 'status libertatis' do indiciado/réu,* ***sob pena de caracterização*** *de ilegalidade* ***ou*** *de abuso de poder* ***na decretação*** *da prisão* ***meramente*** *processual."*
>
> (**HC 89.754/BA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, *ao contrário do que se tem* ***erroneamente*** *divulgado*, **que a prisão cautelar**, *como a prisão preventiva* **e** *a prisão fundada em condenação meramente recorrível*, **pode ser imposta**, *sim*, aos réus **antes mesmo** de sua eventual condenação **ou** do trânsito em julgado de sentença condenatória, **eis que** – *insista-se* – a prisão cautelar **não tem por fundamento** *um juízo de culpabilidade*, **pois**, *como ninguém o ignora*, a prisão cautelar ("*carcer ad custodiam*") – **que não se confunde** com a prisão penal ("*carcer ad poenam*") – **não objetiva infligir punição** à pessoa que a sofre. **Não traduz**, *em face da finalidade a que se destina*, **qualquer ideia de sanção**. *Na realidade*, a prisão cautelar **constitui** instrumento destinado a atuar "*em benefício da atividade desenvolvida no processo penal*" (BASILEU GARCIA, "**Comentários ao Código de Processo Penal**", vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). **Por isso mesmo**, a prisão cautelar – **que não envolve antecipação satisfativa** da pretensão executória do Estado – **revela-se compatível** com a presunção constitucional de inocência. **Tanto** que, *como já salientado*, **a própria** Constituição **possibilita** a prisão em flagrante **ou aquelas** decorrentes de ordem, *escrita e fundamentada*, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei.

Não constitui demasia assinalar, *de outro lado*, **que o conceito de presunção de inocência**, *notadamente quando examinado* **na perspectiva** do ordenamento constitucional brasileiro, **deve ser considerado** *nas múltiplas dimensões* em que se projeta, **valendo destacar**, *por expressivas*, **como registra** PAULO S. P. CALEFFI ("**Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil**", p. 24/50, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.4, 2017,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Lumen Juris), **as seguintes abordagens** que esse postulado constitucional enseja: (**a**) **a presunção de inocência** *como norma de tratamento*, (**b**) **a presunção de inocência** *como norma probatória* **e** (**c**) **a presunção de inocência** *como norma de juízo*.

É por essa razão, *acentua esse eminente Advogado gaúcho* ("*op. cit.*", p. 49, item n. 1.4), **que**, "*(…) **desde os primeiros momentos** da investigação preliminar, **havendo um juízo de atribuição** de conduta criminosa a alguém, **o princípio da presunção de inocência protegerá o imputado** com toda a amplitude exigida pela Constituição, **seja** como 'norma de tratamento', 'norma probatória' **ou** 'norma de juízo' (ou também como 'regra de fechamento'), **assegurando que tão importante garantia** não se torne mera retórica em nosso cotidiano jurídico*" (**grifei**), **a significar**, portanto, *que o direito fundamental de ser presumido inocente*, **nos precisos termos** em que vem proclamado **e** assegurado por nossa Carta Magna, **não deve expor-se**, *sob pena de frontal transgressão à autoridade da Constituição da República*, a quaisquer "*interpretações flexibilizadoras do seu conteúdo e da extensão dos seus efeitos*".

Vale enfatizar, *neste ponto*, **que o magistério** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** *a presunção de inocência como norma probatória*, **tem reiteradamente advertido** que as acusações penais **não se presumem** provadas, **pois** – *como tem reconhecido a jurisprudência desta Corte* – **o ônus da prova** referente *aos fatos constitutivos* da imputação penal **incumbe**, *exclusivamente*, **a quem acusa**.

Isso significa *que não compete ao réu* **demonstrar** a sua própria inocência. *Ao contrário*, **cabe** *ao Ministério Público* **comprovar**, *de forma inequívoca*, em plenitude, **para além** *de qualquer* dúvida razoável, **a culpabilidade** do acusado **e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes** *à autoria* **e** *à materialidade do delito* (**RTJ 161/264-266**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

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

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

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

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

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, *nos processos por delitos contra a segurança nacional*, **o dever** de provar, em sede penal, ***que não era culpado***!!!

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

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

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

Há a considerar, *ainda*, **a presunção de inocência** *como norma de tratamento*. **No que concerne** *a essa outra perspectiva*, **cumpre rememorar** o entendimento que o Supremo Tribunal Federal **tem adotado** ao longo de sua prática jurisprudencial, **sempre enfatizando** que 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 79.812/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 105.556/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

> "***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 ou juridicamente a este equiparado,* ***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***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> ***que exista***, *a esse respeito, decisão judicial condenatória* ***transitada em julgado***.
>
> ***O princípio constitucional da presunção de inocência***, *em nosso sistema jurídico,* ***consagra***, *além* ***de outras*** *relevantes consequências,* ***uma regra de tratamento que impede*** *o Poder Público de agir* ***e*** *de se comportar,* ***em relação*** *ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado* ***ou*** *ao réu,* ***como se estes*** *já houvessem sido condenados,* ***definitivamente***, *por sentença do Poder Judiciário.* ***Precedentes***."
>
> (**HC 115.613/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

São consequências que emanam **diretamente** da presunção de inocência, ***enquanto*** *norma de tratamento*, **a proibição** de prisões cautelares compulsórias (**como já ocorreu**, em nosso sistema normativo, com a prisão preventiva obrigatória) **e a impossibilidade constitucional** *de execução provisória* da condenação criminal.

Como anteriormente enfatizado, a postulação ora deduzida **nesta** causa **busca impedir** *a execução provisória* da condenação penal **meramente** recorrível, ***imposta*** *ao ora paciente*, **por revelar-se** esse procedimento **incompatível** com a cláusula constitucional **assecuratória** *do direito fundamental à presunção de inocência*, **tal como contemplado** no art. 5º, **inciso** LVII, da Constituição da República, **que acolheu**, de modo inequívoco, *o critério do trânsito em julgado*.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, **a partir** da decisão **proferida no HC** 126.292/SP **e com apoio** em sucessivos julgados **emanados** do Plenário desta Corte Suprema (**ADC** 43-MC/DF **e ADC** 44-MC/DF), **inclusive** *em sede de repercussão geral* (**ARE** 964.246-RG/SP), **veio a firmar orientação no sentido** *da legitimidade constitucional* da execução **provisória** da pena.

Ao participar dos julgamentos **que consagraram** *os precedentes referidos*, **integrei** *a corrente minoritária*, **por entender que a tese** *da*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

execução provisória de condenações penais *ainda recorríveis* **transgride**, *de modo frontal*, **a presunção constitucional de inocência**, *que só deixa de subsistir* **ante o trânsito em julgado** da decisão condenatória (**CF**, art. 5º, LVII).

Antes desse momento, portanto – *é preciso advertir* –, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados fossem*. **A presunção de inocência impõe**, *desse modo*, ao Poder Público **um dever de tratamento** *que não pode ser desrespeitado* por seus agentes **e** autoridades, **como vinha advertindo**, *em sucessivos julgamentos*, **esta** Corte Suprema (**HC 96.095/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 121.929/TO**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **HC 124.000/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 126.846/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 130.298/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES, *v.g.*):

> *"(…) **O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL**.*
>
> *– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que **possui** extração constitucional (**CF**, art. 5º, LXI **e** LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais que, **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**.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> ***O princípio constitucional da presunção de inocência***, *em nosso sistema jurídico,* ***consagra***, *além* ***de outras*** *relevantes consequências,* ***uma regra de tratamento que impede*** *o Poder Público de agir* ***e*** *de se comportar,* ***em relação*** *ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado* ***ou*** *ao réu,* ***como se estes*** *já houvessem sido condenados,* ***definitivamente***, *por sentença do Poder Judiciário.* ***Precedentes***."
>
> (**HC 93.883/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Penso ser importante, pois, **dar-se consequência efetiva** ao postulado constitucional da presunção de inocência, **que representa** uma prerrogativa de caráter bifronte, **cujos** destinatários são, **de um lado**, o Poder Público, **que sofre limitações** no desempenho das suas atividades institucionais, **e**, **de outro**, o próprio cidadão, **que encontra**, nesse princípio, **o fundamento** de uma garantia essencial **que lhe é reconhecida** pela Constituição da República **e que se mostra** inteiramente oponível ao poder do Estado, **neutralizando-lhe**, por isso mesmo, **qualquer** iniciativa que objetive **impor** ao cidadão **restrições** à sua esfera jurídica, **sem** que exista, para tanto, **qualquer** título judicial **definitivo**.

O fato irrecusável, Senhora Presidente, **é que**, *em nosso sistema jurídico* **e** *em face de expressa formulação constitucional*, **a inocência é sempre presumida**. **Trata-se** de presunção "*juris tantum*", de caráter relativo, **que subsiste** *temporariamente*, **até que se consume** *o trânsito em julgado* de sentença penal condenatória.

Toda *e qualquer pessoa* **deve** ser presumida inocente **até** que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade **em sede** de condenação penal **transitada** em julgado.

São essas as razões que me levaram a sustentar, *em voto vencido*, **a tese segundo a qual** *a execução provisória* (*ou prematura*) da sentença penal condenatória *revela-se frontalmente incompatível* com o direito fundamental do réu **de ser presumido inocente** *até que sobrevenha o efetivo e real trânsito*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

em julgado de sua condenação criminal, *tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República* (**CF**, art. 5º, LVII).

Tenho-me indagado, por isso mesmo, Senhora Presidente, **quantos valores essenciais** consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege *precisarão ser negados* **para que prevaleçam** *razões fundadas no clamor público* **e** *em inescondível pragmatismo de ordem penal*?

Até quando *dados meramente estatísticos* **poderão autorizar** *essa inaceitável hermenêutica de submissão*, de cuja utilização resulte, *como efeito perverso*, **gravíssima e frontal transgressão** ao direito fundamental de ser presumido inocente?

É possível, *Senhora Presidente*, a uma sociedade livre, **apoiada** em bases genuinamente democráticas, **subsistir** *sem que se assegurem direitos fundamentais* **tão arduamente conquistados** pelos cidadãos *em sua histórica e permanente luta* contra a opressão do poder, **como aquele** que assegura *a qualquer* pessoa **a insuprimível** prerrogativa *de sempre ser considerada inocente* **até** que sobrevenha, *contra ela*, sentença penal condenatória **transitada** em julgado?

Entendo, *presentes tais razões*, **tal como já sustentei** em julgamentos anteriores neste Tribunal, **que a majestade** da Constituição **não pode** ser transgredida **nem** degradada **pela potestade do Estado**, **pois**, *em um regime de perfil democrático*, **ninguém**, *a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal*, **pode** pretender-se *acima* **e** *além do alcance* **da normatividade subordinante** dos grandes princípios **que informam e dão essência** à Lei Fundamental da República.

Já afirmei nesta Corte que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir** os litígios penais, **quaisquer** que sejam, **respeitará**, *sempre*, **como é da essência** do regime democrático, os direitos **e** garantias fundamentais que a Constituição da República **assegura** *a qualquer acusado*, **notadamente** *o direito de ser presumido inocente* **até** *o trânsito em julgado de eventual*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

condenação criminal, **observando**, *em todos os julgamentos*, **além do postulado** *da impessoalidade* **e** *do distanciamento crítico* **em relação** *a todas* as partes envolvidas no processo, **os parâmetros legais e constitucionais** que regem, *em nosso sistema jurídico*, os procedimentos de índole penal.

É preciso repelir, *desse modo*, **a tentação autoritária** de presumir-se provada *qualquer* acusação criminal **e** de tratar *como se culpado fosse* aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

Este julgamento, *por isso mesmo*, Senhora Presidente, **impõe**, *uma vez mais*, **como enfatizei** no início deste voto, que se proceda a **reflexões** sobre o papel institucional, sobre as funções constitucionais **e** sobre a responsabilidade política e social do Supremo Tribunal Federal **no contexto** do processo de consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática em nosso País **e**, *mais diretamente*, **no plano da construção** *de uma jurisprudência das liberdades* **concebida e formulada** em favor dos direitos e garantias da pessoa humana.

Não se pode desconhecer que o Poder Judiciário **assume**, *na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado*, **significativo relevo** político, jurídico e social, **pois não há**, *na história das sociedades políticas*, **qualquer** registro de um Povo que, **despojado** *de juízes e Tribunais independentes*, **tenha conseguido** preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

Eventual inefetividade da jurisdição penal **ou** do sistema punitivo **motivada** *pela prodigalização* de meios recursais, **culminando** por gerar no meio social a sensação de impunidade, **não pode ser atribuída** *ao reconhecimento constitucional* **do direito fundamental** *de ser presumido inocente*, **pois não é essa** prerrogativa básica **que frustra** *o sentimento de justiça* dos cidadãos **ou que provoca** *qualquer crise de funcionalidade* do aparelho judiciário.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

A solução dessa questão, que não guarda pertinência – *insista-se* – com a presunção constitucional de inocência, **há de ser encontrada** *na reformulação do sistema processual* **e** *na busca de meios* que, **adotados** pelo Poder Legislativo, **confiram** *maior coeficiente de racionalidade* ao modelo recursal, **mas não**, *como se pretende*, **na inaceitável desconsideração** de um dos direitos fundamentais **a que fazem jus** os cidadãos desta República **fundada** no conceito de liberdade **e legitimada** pelo princípio democrático.

A posição *que vem prevalecendo* nesta Corte **reflete** – *e digo isto com todo o respeito* – **preocupante inflexão hermenêutica**, *de índole regressista*, **em torno** do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal **no plano sensível** dos direitos e garantias individuais, **retardando**, *em minha percepção*, **o avanço** *de uma significativa agenda judiciária* **concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País.

Ninguém desconhece, Senhora Presidente, **que a presunção de inocência** *representa uma notável conquista histórica* dos cidadãos em sua **permanente** luta **contra** a opressão do Estado **e** o abuso de poder.

Já se escreveu, Senhora Presidente – **e aqui me refiro** a um texto de Sérgio Azevedo **publicado** em 02/04/2018 (*https://ionline.sapo.pt*) –, **que a questão da presunção de inocência**, "*com origem remota* ***no direito romano***, *com as regras probatórias que constam do Digesto,* ***na Bíblia*** *– Livro de Deuteronômio –* ***e no direito comum medieval***, *continua ainda hoje a ser um tema tanto fulcral como controverso no seu conteúdo e contornos.* ***A sua consagração explícita*** *num texto legal* ***apenas foi conseguida*** *com a Revolução Francesa de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,* ***profundamente influenciada pela obra de Beccaria*** *('Dos Delitos e das Penas',* ***que Voltaire apelidou*** *de 'Código da Humanidade'),* ***não só no pensamento jurídico europeu, mas também no pensamento jurídico norte-americano***, *transferindo-se esta perspetiva para alguns textos internacionais* ***como*** *a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

n. 1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14 n. 2), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (art. 48 n. 1)" (**grifei**).

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

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

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

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

É certo que esses importantes documentos internacionais, *como aqui já foi assinalado*, **embora proclamem** a presunção de inocência, **não estabelecem**, *contudo*, quanto a ela, **a exigência** *do trânsito em julgado*.

Em nada altera o exame da questão, *no entanto*, **se se atribuir** aos tratados **ou** convenções internacionais de direitos humanos *qualificação constitucional*, **conferindo-lhes**, em consequência, *no plano hierárquico-normativo*, **posição idêntica** *à das normas internas de direito constitucional*.

Não questiono essa posição, *que expressamente acolho*, **por também reconhecer**, *com fundamento em expressivas lições doutrinárias* (ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, "**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**", vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris; FLÁVIA PIOVESAN, "**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**", p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva; CELSO LAFER, "**A**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais", p. 16/18, 2005, Manole; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Curso de Direito Internacional Público**", p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT; LUIZ FLÁVIO GOMES, "**Estado Constitucional de Direito e a nova pirâmide jurídica**", p. 30 e ss., 2008, São Paulo, Premier Máxima, *v.g.*), *que os tratados internacionais de direitos humanos* **assumem**, *na ordem positiva interna brasileira*, **hierarquia constitucional**, *muito embora seja diversa* a orientação **firmada** pela jurisprudência desta Corte Suprema, **que adotou**, *quanto a tais convenções internacionais*, **o critério da supralegalidade (RE 349.703/RS**, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, *v.g.*).

Cabe observar, *no entanto*, **mesmo que se acolha** *a relação de paridade* **entre** *os tratados que venho de referir* **e** *a própria Lei Fundamental brasileira*, *e sempre que se registrar colisão* **entre** convenções internacionais de direitos humanos, *de um lado*, **e** o direito interno dos Estados nacionais, *de outro*, **que se torna essencial viabilizar** *o diálogo entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica*, **em ordem a superar eventuais situações de conflito** na interpretação e aplicabilidade das cláusulas fundadas **em qualquer** daqueles ordenamentos normativos, **notadamente** quando os estatutos em confronto – **tanto aqueles** *de direito internacional público* **quanto os** *de direito interno* – **referirem-se** *ao tema sensível dos direitos da pessoa humana*.

Não se pode desconhecer, bem por isso, **em ocorrendo** *eventual situação de antinomia*, que, **em tema** *de interpretação de tratados* ***ou*** *convenções internacionais de direitos humanos*, **há de prevalecer**, *sempre*, **a cláusula mais favorável**, *tal como ressalta o magistério doutrinário* (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Curso de Direito Internacional Público**", p. 302/303, item n. 15, 4, ***e***, 9ª ed., 2015, RT; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, "**Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**", p. 146/149, item n. 3, ***e***, 2004, Renovar; ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, "**Tratado de Direito Internacional**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

dos Direitos Humanos", vol. I/434-436, itens ns. 55/59, 1997, Fabris) **e** *acentua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (**HC 90.983/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 91.361/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RMS 32.752-AgR/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

> "***HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO***
>
> *– Os magistrados **e** Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.*
>
> *– **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais** favorável (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais **e** das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos **e** dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância **e** o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**.*
>
> *– **Aplicação**, **ao caso**, **do Artigo** 7º, n. 7, **c/c o Artigo** 29, **ambos** da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**: um caso típico** de primazia da regra **mais** favorável **à proteção efetiva** do ser humano."*
>
> (**HC 90.450/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia relembrar, *de outro lado*, Senhora Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal**, *no caso ora em exame*, **está a analisar e a**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

interpretar uma cláusula fundamental *da Constituição* ***do Brasil***, cujo texto, **ao referir-se** *ao postulado do estado de inocência*, **exige e impõe** *o requisito* ***adicional*** *do trânsito em julgado*, **cuja previsão** – *ausente nas convenções internacionais de direitos humanos acima referidas* – **confere**, *na perspectiva do direito interno brasileiro*, **maior intensidade** à proteção jurídica fundada no reconhecimento da presunção de inocência, **o que torna plenamente invocável**, *na espécie*, **o critério** *da norma* ***mais*** *favorável*, **que é aquela inscrita no inciso LVII** do art. 5º de nossa Carta Política, **que faz cessar** *a presunção de não culpabilidade – insista-se –* **somente após** *o trânsito em julgado* da sentença penal condenatória.

É por isso que se justifica a asserção, Senhora Presidente, **de que a repulsa** à presunção de inocência, **por mergulhar** *suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático*, **não pode legitimar**, *inclusive mediante procedimento hermenêutico*, **a imposição de restrição** *desautorizada* pela Constituição da República **e que se mostra**, por isso mesmo, *absolutamente indevida e arbitrária*!

Torna-se relevante observar, *neste ponto*, **a partir** da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("**Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**", p. 12/17, 1991, Saraiva), **que esse conflito ideológico** entre **o valor** do princípio democrático, **que consagra** *o primado da liberdade*, **e o desvalor** do postulado autocrático, **que privilegia** *a onipotência do Estado*, **revelou-se muito nítido na Itália**, **a partir** do século XIX, **quando se formaram**, *em momentos sucessivos*, **três escolas de pensamento** em matéria penal: **a Escola Clássica**, **cujos maiores expoentes foram** FRANCESCO CARRARA **e** GIOVANNI CARMIGNANI, **que sustentavam**, *inspirados nas concepções iluministas*, **o dogma** da presunção de inocência, **a que se seguiram**, *no entanto*, os adeptos **da Escola Positiva**, **como** ENRICO FERRI **e** RAFFAELE GAROFALO, **que preconizavam** a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, **e**, *finalmente*, **a refletir** o "*espírito do tempo*" ("*Zeitgeist*") **que tão perversamente** buscou justificar *visões* **e** *práticas*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

totalitárias de poder, **a Escola Técnico-Jurídica**, que teve em EMANUELE CARNEVALE **e** em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, **responsáveis**, entre **outros** aspectos, **pela formulação** da base doutrinária **que deu suporte** a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção **segundo a qual não tem sentido nem é razoável** presumir-se a inocência do réu**!!!**

O exame da obra de **VINCENZO MANZINI** ("**Tratado de Derecho Procesal Penal**", tomo I/253-257, item n. 40, **tradução** de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete**, *com exatidão*, essa posição *nitidamente autocrática*, **que repudia** "*A chamada tutela da inocência*" **e que vê** na "*pretendida presunção de inocência*" algo "*absurdamente paradoxal e irracional*" ("*op. cit.*", p. 253, item n. 40).

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

Disso resulta, *segundo entendo*, **que a consagração constitucional** *da presunção de inocência* **como direito fundamental** *de qualquer* pessoa – **independentemente** *da gravidade*, *natureza* **ou** *hediondez* do delito que lhe haja sido imputado – **há de viabilizar**, *sob a perspectiva da liberdade*, **uma**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

hermenêutica essencialmente emancipatória *dos direitos básicos da pessoa humana*, **cuja prerrogativa** de ser **sempre** considerada inocente, *para todos e quaisquer efeitos*, **deve prevalecer**, **até** o superveniente **trânsito** em julgado da condenação criminal, *como uma cláusula de insuperável bloqueio* à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou restrinjam a esfera jurídica** das pessoas em geral.

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

> "***O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL***
>
> *– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que **possui** extração constitucional (**CF**, art. 5º, LXI **e** LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais que **culminem por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos **e** garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem**.*
>
> ***Mesmo que se trate** de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** – por efeito **de insuperável** vedação constitucional (**CF**, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade**.*
>
> ***Ninguém pode ser tratado como culpado**, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.*
>
> ***O princípio constitucional da presunção de inocência**, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além **de outras** relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> *Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.*"
>
> (**HC 96.095/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

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

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

> "– ***A privação cautelar da liberdade individual*** *– **qualquer** que seja a **modalidade** autorizada pelo ordenamento positivo (**prisão** em flagrante, **prisão** temporária, **prisão** preventiva, **prisão** decorrente de decisão de pronúncia **e prisão** resultante de condenação penal recorrível) – **não se destina** a infligir punição antecipada à pessoa **contra quem** essa medida excepcional é decretada **ou** efetivada. **É que** a idéia de sanção **é absolutamente estranha** à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), **que não se confunde** com a prisão penal ('carcer ad poenam'). **Doutrina**. **Precedentes**.*
>
> *– **A utilização** da prisão cautelar **com** fins punitivos **traduz** deformação desse instituto de direito processual, **eis que o desvio arbitrário** de sua finalidade **importa** em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência **e** do devido processo legal. **Precedentes**.*
>
> *….....*
>
> *– **A recusa** em responder ao interrogatório policial **e/ou** judicial **e a falta de cooperação** do indiciado **ou** do réu **com** as autoridades*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> *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**, entre **outras** prerrogativas básicas, **o direito** (**a**) **de permanecer** em silêncio, (**b**) **de não ser compelido** a produzir elementos de incriminação **contra** si próprio **nem constrangido** a apresentar provas **que lhe comprometam** a defesa **e** (**c**) **de se recusar** a participar, ativa **ou** passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, **tais como** a reprodução simulada do evento delituoso **e** o fornecimento de padrões gráficos **ou** de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. **Precedentes**.*
>
> *– **O exercício** do direito **contra** a auto-incriminação, **além** de inteiramente oponível **a qualquer** autoridade **ou** agente do Estado, **não legitima**, por efeito de sua natureza constitucional, **a adoção** de medidas **que afetem ou restrinjam** a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'. **Medida cautelar deferida**."*
>
> (**HC 96.219-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **DJE** de 15/10/2008)

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

Veja-se, *pois*, **que esta** Corte, *no caso em exame*, **está a expor e a interpretar** *o sentido da cláusula constitucional* **consagradora** da presunção de inocência, **tal como vem ela definida** *em nossa* **Constituição**, cujo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

art. 5º, **inciso** LVII ("*ninguém será considerado culpado* ***até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória***"), **estabelece**, *de modo inequívoco*, que a presunção de inocência **somente perderá** *a sua eficácia* **e** *a sua força normativa* **após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática **e** a experiência **registradas** *nos Estados Unidos da América*, *na República Francesa* ou *no Reino da Espanha*, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, **ao contrário** da nossa, **não impõem** *a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal*, **mesmo porque não contêm** cláusula como aquela inscrita **em nosso** texto constitucional **que faz cessar** *a presunção de inocência* **somente** em face *da definitiva irrecorribilidade* da sentença penal condenatória (**CF**, art. 5º, **inciso** LVII), **o que revela ser mais intensa**, *no modelo constitucional brasileiro*, **a proteção** *a esse inderrogável direito fundamental*.

Assinalo, *para efeito de mero registro*, **que a exigência** *de trânsito em julgado* da condenação penal *não representa singularidade do constitucionalismo brasileiro*, **pois também encontra correspondência**, *no plano do direito comparado*, **na Constituição da República Italiana** (art. 27) **e na Constituição da República Portuguesa** (art. 32, n. 2), *como se pode ver do conteúdo normativo* dos preceitos **inscritos** nos textos **de referidas** Constituições:

> **Constituição Italiana**
>
> "***Art. 27*** *– A responsabilidade penal é pessoal.*
>
> ***O imputado não é considerado réu até condenação definitiva****.*
>
> *As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.*
>
> *Não é admitida a pena de morte.*" (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> **Constituição Portuguesa**
> *"Artigo 32º – Garantias de processo criminal*
> .....
> *2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa."* (**grifei**)

É importante ter presente a lição magistral de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, **Professor** de Direito e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, **ao tratar da proteção** dos direitos da pessoa humana no processo penal português, **consideradas** as grandes e transformadoras inovações **introduzidas** pela Constituição daquele País, **promulgada**, *democraticamente*, em 1976, **após a queda** *da ditadura salazarista* ("**Revista Brasileira de Direito Processual**", vol. 26/51-72, **p. 57**, 1981):

> *"**As duas normas constitucionais mais importantes neste domínio são** o art. 32, 1, proclamando que 'o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa', **e o art. 32, 2, segundo o qual 'todo o argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação'. Daqui resulta que toda a lei ordinária que afete** o 'conteúdo essencial' (art. 18, 2) destas garantias **padeça** de inconstitucionalidade material.*
>
> *1. **O conteúdo essencial do 'princípio da presunção de inocência do argüido' é praticamente incontestado** na jurisprudência e na doutrina portuguesas. **Reconhecem elas que**, segundo este princípio, '**ninguém pode ser processado** a não ser nos casos previstos pela lei **e de acordo com as formas** que ela prescreve; **ninguém pode ser julgado** sem ter sido regularmente citado e chamado ao processo; **e que, enquanto o argüido não for declarado culpado por decisão com força de coisa julgada, é reputado inocente** – ainda que daqui se não possa concluir pela ilegitimidade da utilização de meios coativos sobre ele, **a exemplo** da prisão preventiva."* (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Essa **mesma** visão doutrinária **a respeito** *da presunção constitucional de inocência* no Direito português – **cuja Lei Fundamental**, nesse específico ponto, *veio a ser virtualmente reproduzida* pelo constituinte brasileiro **no inciso LVII** do art. 5º de nossa Constituição – **reflete-se** em julgamentos **proferidos** *não pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*, **mas**, *sim*, **pelo Tribunal Constitucional daquele** país, órgão incumbido da guarda, defesa e interpretação da Carta Política da República Portuguesa (**Acórdão nº 273/2016**, Rel. Conselheiro FERNANDO VENTURA, *v.g.*):

> *"2 – O artigo 32º da Constituição,* ***que define os mais importantes princípios materiais*** *do processo criminal* ***e consagra as garantias*** *que lhe são próprias,* ***dispõe assim no nº 2****:*
>
> > *Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*
>
> ***Hoje em dia, deve ter-se por restritivo o entendimento tradicional*** *do princípio da presunção de inocência do arguido* ***em termos*** *de o equiparar ao princípio 'in dubio pro reo'.* ***Com efeito, para além de uma regra válida*** *em matéria de prova,* ***é irrecusável que o princípio consagrado*** *naquela norma constitucional* ***contém implicações ao nível do próprio estatuto ou da condição do arguido em termos*** *de, seguramente,* ***tornar ilegítima a imposição*** *de qualquer ónus* ***ou*** *a restrição de direitos que,* ***de algum modo, representem e se traduzam numa antecipação da condenação****."*
>
> (**Acórdão nº 123/92**, Rel. Conselheiro MONTEIRO DINIZ – **grifei**)

Quando esta Suprema Corte, **apoiando-se** *na presunção de inocência* **e adstringindo-se** *à estrita textualidade da cláusula constitucional que a*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

contempla, **afastou**, *em 2009*, **a possibilidade** *de execução antecipada* da condenação criminal (**HC 84.078/MG**, Rel. Min. EROS GRAU, **Pleno**), **nada** mais fez, *em tal julgamento*, **senão** dar ênfase **e** conferir amparo a um direito fundamental **que assiste** *a qualquer* cidadão**:** *o direito de ser presumido inocente* até que sobrevenha condenação penal **irrecorrível**.

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

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

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*.

O que se mostra relevante, *bem por isso*, Senhora Presidente, **tal como já decidiu** esta Suprema Corte **a propósito** *do efeito irradiante* da presunção de inocência, **que se projeta**, *até mesmo*, **em domínio extrapenal** (**ADPF 144/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 741.101-AgR/DF**, Rel. Min. EROS GRAU – **ARE 915.004-AgR/RJ**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **ARE 847.535-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO –

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

RE 450.971-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 482.006/MG**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 1.066.072--AgR/AC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **é a preocupação com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, *prematuramente*, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, *desde logo*, **indevidamente** tratadas, pelo Poder Público, *como se culpadas fossem*, **porque presumida**, *por arbitrária antecipação* **fundada** em juízo **de mera** suspeita, **a culpabilidade** de quem figura, *em processo penal*, **como simples réu!**

Daí a advertência de MÁRIO TORRES, *autor português* de trabalho **sobre o aspecto** ora ressaltado ("**Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais**", "*in*" "Revista do Ministério Público", vols. 25/119 **e** 26/161):

> "***A sujeição*** *do argüido* ***a uma medida*** *que tenha* ***a mesma natureza*** *de uma pena* ***e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola****, intoleravelmente,* ***a 'presunção de inocência'*** *que lhe é constitucionalmente garantida* ***até*** *a sentença definitiva,* ***pois tal antecipação de pena basear-se-á****, justamente,* ***numa 'presunção de culpabilidade'****.* ***É porque se julga*** *o argüido culpado –* ***antes*** *de a sua culpa ser firmada em sentença* ***transitada*** *– que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (****eventualmente*** *a descontar na pena definitiva)."* (**grifei**)

Foi por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido sob a égide da Carta Política de 1967 – que **não** previa, *de modo explícito*, o direito fundamental à presunção de inocência, **reconhecido**, *no entanto*, por esta Corte, **como imanente** ao sistema constitucional (art. 150, **§ 35**) –, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67 (**a antiga** *Lei de Segurança Nacional*), **no ponto** em que essa regra legal **impunha** ao réu, **como efeito automático** *da prisão em flagrante delito* **ou** *do mero recebimento da denúncia*, **a** "***suspensão*** *do exercício da profissão, emprego em entidade privada (…),* ***até*** *a*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

sentença absolutória" (**HC 45.232/GB**, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, **RTJ** 44/322 – **grifei**).

Há, portanto, *segundo penso*, **considerado** o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **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, *cabe advertir*, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados já 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 referir, de outro lado, *por necessário*, que a presunção de inocência *não se esvazia progressivamente*, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, *portanto*, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, *em favor do sentenciado*, **esse direito fundamental**, **que só deixará de prevalecer** – *repita-se* – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, *em texto inequívoco*, a Constituição da República.

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

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal **tem repelido**, *por incompatíveis com esse direito fundamental*, **restrições** de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

ordem jurídica **somente justificáveis** em face **da irrecorribilidade** de decisões judiciais.

Indiscutível, desse modo, *segundo penso*, **que o pressuposto legitimador** das sanções de direito penal, **notadamente a efetivação executória** da pena privativa de liberdade, **é a existência** *da coisa julgada penal*, **a significar** que o ordenamento constitucional brasileiro (**no ponto complementado** pela legislação ordinária) – **embora admitindo a utilização**, *pelo Estado*, **dos instrumentos de tutela cautelar penal** (**como**, *p. ex.*, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão resultante de condenação criminal meramente recorrível), **independentemente** de decisão condenatória **ou**, *até mesmo*, do respectivo trânsito em julgado – **não permite a antecipação executória** da sanção penal, **valendo relembrar**, *por oportuno*, **o magistério** de CLAUS ROXIN **a propósito** da legislação alemã ("**Derecho procesal penal**", p. 435, 2000, Buenos Aires, Editores del Puerto), **em lição segundo a qual**, "*en contraposición con el proceso civil, **en lo proceso penal no hay una ejecución 'provisional'**, esto es, **no es posible la ejecución sin cosa juzgada***" (**grifei**).

Incensurável, *no ponto*, **o preciso e autorizado magistério** de JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Comentário Contextual à Constituição**", p. 158, item n. 9, 9ª ed., 2014, Malheiros), **ao discorrer**, *com absoluta clareza*, **sobre o direito fundamental** *de qualquer pessoa à presunção de inocência*, **considerado** o que estritamente prescreve o texto da Lei Fundamental da República:

> "***Na verdade**, o texto brasileiro **não significa outra coisa senão que fica assegurada** a todos a presunção de inocência **até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória. **O trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário**. Essa garantia de inocência é que fundamenta a prescrição do inciso LXXV, segundo a qual 'o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença'.*" (**grifei**)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Mostra-se relevante acentuar, *por isso mesmo*, **o alto significado que assume**, *em nosso sistema normativo*, **a coisa julgada**, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais **e** a superação dos conflitos, **culmina** por consagrar a segurança jurídica, **que traduz**, *na concreção de seu alcance*, **valor** de transcendente importância política, jurídica e social, **a representar** um dos fundamentos estruturantes **do próprio** Estado Democrático de Direito.

Daí a correta observação de NELSON NERY JUNIOR **e** de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (“**Código de Processo Civil Comentado**”, p. 680, item n. 1, p. 685, item n. 23, e p. 687, itens ns. 27 **e** 29, 10ª ed., 2007, RT):

> *“**A segurança jurídica**, **trazida pela coisa julgada material**, **é manifestação do Estado Democrático de Direito** (**CF** 1º ‘caput’). **Entre** o ‘justo absoluto’, utópico, **e** o ‘justo possível’, realizável, **o sistema constitucional brasileiro**, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, **optou pelo segundo** (‘justo possível’), **que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material**. **Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito**, **fundamento da República brasileira**.*
>
> *….....*
>
> ***A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como ‘elemento de existência’** do Estado Democrático de Direito (…). **A ‘supremacia da Constituição’** está **na própria coisa julgada**, **enquanto manifestação** do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º ‘caput’), **não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada** como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. **Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada**, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> *lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito (…).*
>
> ….....
>
> *'**Desconsiderar**' **a** **coisa** **julgada** **é** **ofender** **a** **Carta** **Magna**, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º 'caput').*
>
> ….....
>
> ***Consoante o direito constitucional de ação** (CF 5º XXXV), **busca-se** pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. **A sentença 'justa'** é o ideal – 'utópico' – maior do processo. **Outro valor não menos importante para essa busca é a 'segurança' das relações sociais e jurídicas**. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), **o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança** (**coisa julgada**)."* (**grifei**)

Não se ignora que a sentença, **enquanto** sujeita a recurso, *de natureza ordinária* **ou** *de caráter extraordinário*, **qualifica-se** como um ato estatal *essencialmente instável e provisório*, **caracteristicamente** reformável **e naturalmente dependente**, *no desenvolvimento de seu integral conteúdo eficacial*, **do trânsito** em julgado, **pois é deste fato processual** que resulta **a especial** qualidade **que torna imutável e indiscutível** o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial.

É por isso que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("**Comentários ao Código de Processo Civil**", vol. V/234, item n. 136, 14ª ed., 2008, Forense), **ao analisar** a condição jurídica da sentença **sujeita** a recurso, **destituída**, portanto, da autoridade da coisa julgada, **põe em destaque o caráter instável** do título sentencial:

> *"(...) **O grau de instabilidade**, aqui, **é obviamente muito maior**: **pode ser** que o pronunciamento **venha a prevalecer** em caráter definitivo, **se decorrer** 'in albis' o prazo recursal, **ou** por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; **mas**, '**a priori**', **há pelo menos igual possibilidade** de que a superveniência*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

> *de outro pronunciamento,* ***em grau superior****, retire ao primeiro* ***toda a aptidão*** *para cristalizar-se em 'res iudicata'.*" (**grifei**)

Não se pode desconhecer, *portanto*, **quanto** à sentença **ainda** recorrível, **que se registra**, *quanto a ela*, **a possibilidade** – que **não** é simplesmente teórica – de vir a ser reformada pelos Tribunais de segundo grau, **inclusive** por Cortes judiciárias superiores, **como** o próprio Tribunal Superior Eleitoral, **ou** o Superior Tribunal de Justiça (quando **não** se tratar de processos de natureza eleitoral), **ou**, *ainda*, o Supremo Tribunal Federal, **atuando** em sua condição de instância de superposição.

Essa exigência de irrecorribilidade *atende à própria racionalidade do sistema de direito positivo*, **considerados** os fundamentos **que justificam** a coisa julgada *como um dos valores estruturantes* do Estado Democrático de Direito.

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

De qualquer modo, **mesmo que não se considerasse** *o fundamento constitucional* **subjacente** *à presunção de inocência*, **o que se alega** *por mera concessão dialética*, **ainda assim se mostraria inconciliável** com o nosso ordenamento positivo **a preconizada** *execução antecipada* da condenação criminal, **não obstante** sujeita esta a impugnação *na via recursal*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

excepcional (**RE e/ou REsp**), **pelo fato** de *a Lei de Execução Penal* **impor**, *como inafastável pressuposto de legitimação* da execução de sentença condenatória, *o seu necessário trânsito em julgado*.

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

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

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

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

É de assinalar-se, *ainda*, Senhora Presidente, que, *em nosso sistema jurídico*, **nem mesmo** *uma simples pena de multa* **imposta** *em processo criminal* **pode** ser executada **sem** que, *antes*, **transite** em julgado a sentença condenatória que a impôs, **como deixa claro** o art. 50 do Código Penal:

> "***Art. 50*** *–* ***A multa deve ser paga*** *dentro de 10 (dez) dias* ***depois de transitada em julgado*** *a sentença. (…).*" (**grifei**)

Cabe relembrar, *neste ponto*, que **também** *o Código de Processo Penal Militar*, **ao tratar** da execução da sentença penal condenatória, **expressamente** determina que "***Somente depois de passada em julgado***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

será exequível a sentença" (art. 592), **prescrevendo**, *ainda*, que, **tratando-se** da execução de pena **privativa** da liberdade **ou cuidando-se** da execução das penas principais **não privativas** da liberdade **e** das penas acessórias, **o trânsito em julgado** do ato sentencial que as impuser **qualificar-se-á** *como pressuposto necessário e legitimador* do cumprimento do título penal condenatório:

> "***Carta de guia***
>
> ***Art. 594. Transitando em julgado*** *a sentença que impuser pena* ***privativa*** *da liberdade, se o réu já estiver prêso ou vier a ser prêso,* ***o auditor ordenará a expedição da carta de guia****, para o cumprimento da pena.*
>
> *…....*
>
> ***Das penas principais não privativas da liberdade e das acessórias***
>
> ***Comunicação***
>
> ***Art. 604****. O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença* ***transitada*** *em julgado,* ***que impuser a pena*** *de reforma* ***ou*** *suspensão do exercício do pôsto, graduação, cargo ou função,* ***ou de que resultar*** *a perda de pôsto, patente ou função, ou a exclusão das fôrças armadas.*" (**grifei**)

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

São essas as razões, Senhora Presidente, **que me levam a concluir**, *presente o que se contém* na Constituição da República **e** na legislação processual penal do Estado brasileiro, **que o reconhecimento da tese** da "*execução provisória*" de uma condenação criminal (**antes**, *portanto*, do seu trânsito em julgado) **significa admitir-se**, *com toda a vênia*, **um equívoco** *totalmente inconstitucional e ilegal*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

Na realidade, **somente** sociedades autocráticas **que não reconhecem** direitos básicos aos seus cidadãos **repudiam e desprezam** o direito fundamental *de qualquer* indivíduo **de sempre ser** considerado inocente **até que ocorra** *o definitivo trânsito em julgado* de sua condenação penal, **independentemente** do caráter (*hediondo* **ou** *não*) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado.

Em suma: (**1**) **a presunção de inocência** ***qualifica-se*** *como direito público subjetivo*, de caráter fundamental, **expressamente contemplado** na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII); (**2**) **o estado de inocência**, *que sempre se presume*, **cessa com a superveniência** *do efetivo* **e** *real trânsito em julgado* da condenação criminal, **não se admitindo**, *por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê*, **a antecipação ficta** do momento formativo da coisa julgada penal; (**3**) **a presunção de inocência** *não se reveste de caráter absoluto*, **em razão** de constituir presunção "*juris tantum*", de índole **meramente** relativa; (**4**) **a presunção de inocência** *não se esvazia progressivamente*, **à medida** *em que se sucedem* os graus de jurisdição, **pois só deixa de subsistir** *quando resultar configurado o trânsito em julgado* da sentença penal condenatória; (**5**) **o postulado do estado de inocência não impede** que o Poder Judiciário utilize, *quando presentes os requisitos que os legitimem*, **os instrumentos de tutela cautelar penal**, *como as diversas modalidades de prisão cautelar* (**entre as quais**, *p. ex.*, a prisão temporária, a prisão preventiva **ou** a prisão decorrente de condenação criminal recorrível) **ou**, *então*, **quaisquer** outras providências de índole cautelar **diversas** da prisão (**CPP**, art. 319); (**6**) **a Assembleia Constituinte brasileira**, *embora lhe fosse possível adotar critério diverso* (**como** o do duplo grau de jurisdição), **optou**, *soberanamente*, **com apoio** *em escolha política inteiramente legítima*, **pelo critério técnico** *do trânsito em julgado*; (**7**) **a exigência** *de trânsito em julgado* da condenação criminal, **que atua** *como limite inultrapassável à subsistência* da presunção de inocência, **não traduz** *singularidade do constitucionalismo brasileiro*, **pois foi também adotada** pelas vigentes Constituições democráticas *da República Italiana de 1947*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

(art. 27) **e** *da República Portuguesa de 1976* (art. 32, n. 2); (**8**) **a execução provisória** (ou antecipada) da sentença penal condenatória *recorrível*, **por fundamentar-se**, *artificiosamente*, **em uma antecipação ficta** do trânsito em julgado, **culmina por fazer prevalecer**, *de modo indevido*, **um prematuro** juízo de culpabilidade, **frontalmente contrário** ao que prescreve o art. 5º, inciso LVII, da Constituição; (**9**) **o reconhecimento** da possibilidade *de execução provisória* da condenação criminal *recorrível*, **além de inconstitucional**, *também transgride e ofende* a legislação ordinária, *que somente admite* a efetivação executória da pena **após** o trânsito em julgado da sentença que a impôs (**LEP**, arts. 105 e 147; **CPPM**, arts. 592, 594 **e** 604), **ainda que se trate** *de simples multa criminal* (**CP**, art. 50, **LEP**, art. 164); **e** (**10**) **as convenções e as declarações internacionais de direitos humanos**, *embora reconheçam a presunção de inocência* como direito fundamental *de qualquer* indivíduo, **não estabelecem**, *quanto a ela*, **a exigência** *do trânsito em julgado*, **o que torna aplicável**, *configurada situação de antinomia* **entre** referidos atos de direito internacional público **e** o ordenamento interno brasileiro **e em ordem a viabilizar** *o diálogo harmonioso entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica*, **o critério** *da norma mais favorável* (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 29), **pois a Constituição do Brasil**, *ao proclamar o estado de inocência* **em favor** das pessoas em geral, **estabeleceu** *o requisito* ***adicional*** *do trânsito em julgado*, **circunstância essa** *que torna consequentemente* ***mais*** *intensa* a proteção jurídica **dispensada** àqueles **que sofrem** persecução criminal.

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. **E**, *ao fazê-lo*, **peço vênia para acompanhar**, *integralmente*, **o eminente** Ministro RICARDO LEWANDOWSKI **e deferir** o pedido de "*habeas corpus*", **reafirmando**, *assim*, **no que concerne** ao pleito **deduzido** nesta impetração, *que a execução provisória* (*ou prematura*) de sentença penal condenatória **ainda** sujeita a recurso, **como sucede no caso**, *revela-se frontalmente incompatível* com o direito fundamental do réu, *ora paciente*, **de ser presumido inocente** *até que sobrevenha o trânsito em julgado* de sua condenação

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

criminal, *tal como expressamente assegurado* ***a qualquer cidadão da República*** *pela própria Constituição Federal* (**CF**, art. 5º, LVII).

É o meu voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085643.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas para lembrar: Vamos ter que, a prevalecer essa óptica, declarar inconstitucionais inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal, porque, no tocante, por exemplo, à pena de multa, a conversão em dívida ativa da Fazenda Pública, a condição exigida é o trânsito em julgado do título condenatório. Está ressaltado que nem mesmo a multa pode ser imposta sem a preclusão maior.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **O Código Penal** *claramente dispõe*, em seu art. 50, **que nem mesmo** *uma simples pena de multa* **imposta** em condenação criminal **pode sofrer** *execução provisória*, **pois**, como resulta de mencionado preceito legal, "*A multa* ***deve ser paga*** *dentro de 10 (dez) dias* ***depois de transitada em julgado*** *a sentença (...)*" (**grifei**).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085682.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Esta é uma matéria constitucional, e a defesa adotou como fundamento e reiterou que um dos pedidos era a análise não apenas da legalidade, mas da constitucionalidade. Quando é matéria constitucional, o Presidente vota. De toda sorte, para evitar qualquer eiva e qualquer possibilidade de questionamento, eu ponho em votação a possibilidade da minha votação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, apenas um esclarecimento de fato. Eu argui, como lisamente disse o eminente advogado da tribuna, como era o meu papel como advogado, mas perdi.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas não me custa, para evitar qualquer eiva, até porque, antes, o Presidente não votava em nenhuma matéria que não fosse constitucional. Hoje, o Presidente vota em todas. Mas eu ouço a partir do Ministro-Relator e, na sequência, tomo os votos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130110.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Presidente, eminentes Pares, esse empate suscitado pelo advogado, da tribuna, diz respeito quando *quorum* presente chega a um empate não havendo, eventualmente, o pronunciamento de um voto que, como Vossa Excelência irá se pronunciar, não sei se em um sentido ou em outro, e acabará promovendo uma maioria. Portanto, ainda que reconheça bem articulada essa reflexão, entendo-a inaplicável. Aliás, cumprimento Vossa Excelência por ter colocado em votação a possibilidade do seu próprio voto, o que eu julgaria desnecessário.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14633665.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, também cumprimentando Vossa Excelência por ter colocado em votação, o que eu acharia desnecessário, essa questão além de tudo está preclusa, porque este julgamento é continuidade do julgamento de quinta-feira passada, quando Vossa Excelência votou por duas vezes sem nenhuma impugnação dos advogados. Então, também creio que não há o mínimo cabimento em Vossa Excelência não votar.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14871692.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, creio que o advogado está competente e proficientemente disputando o interesse do seu cliente, que é o seu papel, portanto, merece a nossa admiração. Mas o art. 146 se aplica no caso de ausência de um ministro. E, no caso do Cesare Battisti, em que eu era advogado, o eminente, querido e grande Ministro, grande brasileiro, Carlos Alberto Direito, já estava afastado por motivo de doença, por isso se aplicava o art. 146 naquela ocasião. De modo que, com toda a consideração pelo trabalho, eu diria, primoroso do advogado, acho que não é possível acolher o pedido.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14882136.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, não há como não parabenizar o advogado por essa vigília legal até o último segundo. Mas, pedindo vênia a essa postura correta como patrono, acompanho o Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796028.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM

(S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Presidente, também cumprimento o eminente advogado pela defesa que faz da tribuna. Entretanto, gostaria de, agregando a outros fundamentos já trazidos, lembrar a redação dada ao inciso IX do art. 13 pela Emenda Regimental nº 35, de 2 de dezembro de 2009. Esse dispositivo estabeleceu que cabe:

"IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de:

a) impedimento ou suspeição;

b) vaga ou licença médica superior a trinta dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado."

Da leitura do dispositivo, verificamos: Se o Presidente irá desempatar com voto de qualidade é porque ele vota.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Antes não votava, Ministro. Quando cheguei aqui, lembro-me bem, não votava.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Presidente participa da votação em qualquer processo, mas, no *habeas corpus*, haveria exceção!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - No caso de empate.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há disposição revelando que, então, prevalece a decisão mais favorável ao paciente. Todos compreendemos o denodo com que o Dr. Batochio defende os interesses do paciente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro, sem nenhuma dificuldade.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130111.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, no caso de **habeas corpus**, não caberia voto de qualidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O voto de Minerva, mas o Presidente participa da votação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Antes, realmente, o Presidente não participava. Lembro-me que a Ministra Ellen, quando Presidente, não participava.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130111.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, acompanho Vossa Excelência não só por entender estarmos claramente diante de uma matéria de natureza constitucional, mas também porque penso ser didático e pedagógico para a sociedade brasileira que cada Ministro desta Corte, de forma transparente, revele a sua posição quanto ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018388.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, vamos esperar a segunda questão de ordem, que diz respeito ao trânsito em julgado dessa decisão e eficácia quanto à liminar que implementamos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ouviremos o Relator e, depois, decidiremos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130112.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM (S/ VOTAÇÃO DO PRESIDENTE)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Entendo**, Senhora Presidente, que Vossa Excelência **tem** o direito (**na realidade**, *verdadeiro dever-poder*) de proferir voto **no presente** julgamento, **razão pela qual** acompanho o eminente Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085683.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V O T O V O G A L

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente):

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado em benefício de Luiz Inácio Lula da Silva, contra decisão monocrática proferida no *habeas corpus* n. 434.766/PR, do Superior Tribunal de Justiça, no qual se indeferiu liminar pleiteada.

2. Os impetrantes sustentam que: *a)* o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, provimento confirmado, com exasperação da pena, em segundo grau; *b)* o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou o início da execução da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária, provimento que representa ameaça iminente ao direito de locomoção do paciente; *c)* a execução da pena na pendência de recursos excepcionais compromete a presunção da inocência; *d)* a compreensão do Plenário deste Tribunal Constitucional assentou a possibilidade de execução provisória da pena, mas não a proclamou obrigatória; *e)* não há motivação concreta a evidenciar a necessidade da custódia. Ao contrário, os elementos concretos do caso demonstrariam sua dispensabilidade; *f)* é vedada *reformatio in pejus*, tendo a determinação se verificado sem pleito anterior do Ministério Público Federal; *g)* são plausíveis as teses que serão arguidas em recurso extraordinário.

3. Requerem a direta submissão do requerimento liminar à Segunda Turma deste Tribunal (Art. 21, IV e V, RISTF), para deferi-lo e garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado do processo-crime nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

4. No mérito, pleiteiam a concessão da ordem para vedar a execução

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando-se a cláusula pétrea prevista no art. 5º, inc. LVII da Constituição da República, e, subsidiariamente, a concessão da ordem para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado nos *habeas corpus* nº 146815-MC/MG e *habeas corpus* 146818-MC/ES.

5. O Ministro Relator indeferiu o requerimento de liminar, com base na Súmula n. 691/STF e no art. 21, § 1º, do RISTF, concluindo não se tratar *"de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF, ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal"*. Em seguida, afirmando haver *"relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após condenação assentada e segundo grau de jurisdição"*, o Ministro Relator encaminhou o presente *Habeas Corpus* à deliberação do Plenário.

6. Examinados os elementos constantes dos autos, voto**.**

7. Razão jurídica não assiste aos Impetrantes.

8. As normas que conformam o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, não comporta leitura isolada de seus termos.

É entendimento deste Supremo Tribunal Federal, respaldado pela Constituição da República de 1988:

> *"É certo que o aludido dispositivo legal dispõe que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', mas o preceito não pode ser considerados isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão, como o item LIV, do mesmo art. 5º, segundo o qual 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal', e item LXI, do art. 5º, que*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

> *dispõe: 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime propriamente militar, definidos em lei'.*
>
> *Tais dispositivos já de si revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. No caso, houve processo legal que se completou na fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória, e em consequência houve a ordem de prisão, com atenção, portanto, ao disposto nos itens transcritos.*
>
> *Verifica-se, deste modo, que pode haver prisão determinada pelo Juiz, sem haver flagrante. Ainda para chegar-se à conclusão de que a própria Constituição não pode ter o elastério pretendido na impetração, temos que o item LXVI, do mesmo artigo 5º dispõe que 'ninguém será legado à prisão ou nela ser mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança', e é certo que a liberdade provisória é instituto processual que admite possa não ser preso aquele que ainda não tem contra si sentença condenatória definitiva'"* (*Habeas Corpus* n. 680372, Relator Ministro Aldir Passarinho, Segunda Turma, DJ 21.5.1993).

Comprova-se o acerto desse entendimento a regência infraconstitucional das prisões cautelares, (de diversos tipos: temporária, em flagrante, preventiva – antes ou depois da sentença) firmada a partir de circunstâncias fáticas, sem necessidade de formação definitiva de culpa.

Nesse sentido, as palavras do Ministro Menezes Direito:

> *"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 a vista a garantia da persecução criminal, sendo a prisão cautelar um meio de assegurar o bom resultado do processo. Nessa linha, admitira 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

> *entende por um princípio da inviolabilidade da liberdade antes do trânsito em julgado' com base em juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, mas não se admite esse cenário com base em uma cognição plena e exaustiva realizada nas instâncias ordinárias.*
>
> *Nesse sentido, bem disse acórdão da Primeira Turma, de que Relator o Ministro Celos 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 de recurso extrarodinários"* (voto do Ministro Menezes Direito no *habeas corpus* n. 84.078, Dje 26.2.2010).

9. Determina-se prisão, portanto, sem ultimação do processo até a sua baixa ao arquivo, para se assegurar, por exemplo, a aplicação da lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal), não tendo este Supremo Tribunal Federal inquinado de inconstitucional as hipóteses legais de prisão preventiva.

Como assevera Guilherme de Souza Nucci "*a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso, cabendo a qualquer do povo a sua concretização"* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª ed. 2014).

10. Esse entendimento, majoritário no Supremo Tribunal Federal até fevereiro de 2009 quando foi alterado também por maioria, foi retomado a partir do julgamento plenário do *habeas corpus* n. 126.292 (Dje 17.5.2016), em que novamente se assentou:

> "*CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

> *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado"* (*habeas corpus* n. 126292, Relator Teori Zavascki, Dje 17.5.2016).

11. Reitero, portanto, o entendimento que sempre externei quanto à constitucionalidade da interpretação do sistema no sentido da possibilidade de início de execução da pena após a fase de exaurimento das instâncias comprobatórias da culpa.

12. Na espécie, discute-se a higidez constitucional da interpretação e aplicação do entendimento quanto ao início de execução da pena, após se esgotarem os recursos ordinários. Cuida-se de analisar a possibilidade jurídica de se decretar prisão sem natureza cautelar, a partir do transcurso (esgotamento ou preclusão) dos recursos ordinários com efeito suspensivo (excluídos, portanto, os natureza extraordinária: o especial, no Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário, no Supremo Tribunal Federal).

13. No julgamento do *habeas corpus* n. 126.292 (Pleno, Dje 17.5.2016), asseverei:

> *"Senhor Presidente, também devo dizer que esta matéria, que já veio aqui algumas vezes, me parece da maior relevância, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico, para toda a sociedade. Acho que esse é um tema candente.*
>
> *Lembro bem que, na última decisão que tomamos no habeas corpus, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria.*
>
> *Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considerei que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

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

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

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

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

Por essa razão, Senhor Presidente, vou me manter na mesma linha dos votos antes proferidos, ou seja, neste caso, denego a ordem, acompanhando o Ministro-Relator, com as vênias da Ministra Rosa Weber que votou divergente." (voto por mim proferido no *habeas*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

corpus n. 126.292, Sessão de 17.2.2016).

14. Assim tenho me manifestado neste Supremo Tribunal desde o julgamento do *habeas corpus* n. 84.078 (Pleno, Dje 26.2.2010), em cujo resultado fiquei vencida na honrosa companhia dos Ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Ellen Graice.

Naquele julgamento, como enfatizou o Ministro Joaquim Barbosa, "*o instituto da presunção de inocência* [a que chamo 'não culpabilidade penal'] *não é absoluto e incontrastável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação* [com o direito fundamental do cidadão à efetividade da prestação jurisdicional] *que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária*":

> *"Para além disso 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 tripo 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. 9º, 10º, da Convenção Americana de Direitos Humanos*
>
> *(…)*
>
> *Aliás, este é, ao meu ver, o sentido em que deve ser interpretado o art. 105 da Lei de Execuções Penais, cujo teor é o seguinte:*
>
> *'Art. 105. Transitado 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.*
>
> *É importante ainda, levarmos em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, como dispõe os artigos 27, § 2º, da Lei n.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

> *8.038/90, e o 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 execução da sentença'"* (voto do Ministro Joaquim Barbosa, no HC n. 84.078, Pleno, Dje 26.2.2010).

15. Reforça, ainda, essa conclusão, a transcendência assumida pelo recurso extraordinário a partir de 2004, quando a Emenda Constitucional n. 45 passou a condicionar seu conhecimento à "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso", considerada sua relevância jurídica, política, social ou econômica (§ 3º do art. 102 da Constituição). Nesse sentido:

> *"Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional n. 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.*
>
> *(…)*
>
> *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.*
>
> *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 de progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por haveas corpus, foram providos menos de 4% dos casos"* (voto do Ministro Joaquim Barbosa, no *habeas corpus* n. 84.078, Pleno, Dje 26.2.2010).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

16. O direito fundamental do cidadão à efetividade da prestação jurisdicional fundamenta-se no direito à segurança e à pacificação social. Sem isso, a garantia da liberdade não se aperfeiçoa, por não haver liberdade em situação de insegurança jurídica.

17. No *Habeas Corpus* n. 126.292 (Pleno, Dje 17.5.2016), este Supremo Tribunal Federal restabeleceu a interpretação que preponderava em sua jurisprudência, nos termos do voto condutor do Ministro Teori Zavaski, com profunda incursão, inclusive, no direito comparado:

> *"O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.*
>
> *3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:*
>
> *"Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido".

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, "com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva", de modo que "os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão" (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

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

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

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (…) 3. Habeas corpus denegado.

"(…) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA".

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece:

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

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

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que "o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país" (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

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

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

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

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

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

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

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

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

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

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (…)

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

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

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

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema". A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

"a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (…)

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à High Court versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da Crown Court'. (…)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso 'Coffin versus Estados Unidos' em 1895.

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

(…)

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

(…)

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão".

c) Canadá

(…)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso R. v. Pearson (1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, "é claro", a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(…)

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

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

e) França

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

f) Portugal

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

(…)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (…)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida" (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078', p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

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

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

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

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

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

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

"Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: 'Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213'" (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

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

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

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

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

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

18. Evoluindo o entendimento manifestado naquele *Habeas Corpus* n. 84.078 (Relator Ministro Eros Grau, Pleno, DJ 26.2.2010), o Ministro Gilmar Mendes minudenciou a necessidade de melhor adequação no tratamento do princípio da não culpabilidade penal, para se conferir plena efetividade à persecução penal e, consequentemente, à subsistência da própria jurisdição criminal:

"O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

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

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

O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. (...)

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

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

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

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

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

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

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.

(...)

Revisitei esse tema, Presidente, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que também somei posição na formação da jurisprudência que agora se está a rever. Mas a própria realidade institucional de difícil modificação tanto é que todos nós nos lembramos do esforço feito pelo ministro Peluso, ao oferecer aquela proposta de emenda constitucional, mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Civel em geral. E, daí, talvez a razão por que a proposta de emenda acabou por não ter o trâmite, a despeito do bafejo, do apoio que ela colheu na imprensa e também nos setores da política, porque é um juízo quase que unânime no sentido de que há algo de extremamente singular no nosso sistema jurídico penal, mas, de fato, a ideia que Sua Excelência desenvolveu, seguindo o modelo europeu de controle concentrado de que haveria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau e, aí, valia tanto para as decisões de caráter penal como de civil, colocou realmente em grande temor todos aqueles que imaginavam que, depois, o recurso extraordinário teria efeito de uma rescisória com todas as consequências e as próprias execuções que se fariam no campo cível já teriam caráter de definitividade. Daí, portanto, a dificuldade que se colocou. Mas isso é até um dado muito curioso que fala bem da honestidade intelectual do ministro Peluso. Sua Excelência, na verdade, que contribuiu decisivamente para o debate, para a consagração do precedente aqui referido, depois, diante da análise das consequências, se viu tentado a desamarrar o impasse e propôs então essa emenda constitucional que teve um trâmite bastante enfático e acentuado, eu acho que no Senado.

(...)

De modo que eu, fazendo todos esses registros, pedindo vênia

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

> *agora à ministra Rosa Weber, que aderiu à posição anterior e, também, vênias antecipadas ao ministro Marco Aurélio, possivelmente ao ministro Celso de Mello, que há muito perfilham a orientação até aqui dominante, vou acompanhar o voto trazido pelo ministro Teori Zavascki, denegando a ordem".*

19. No caso agora analisado, o Impetrante ainda opõe à possibilidade de execução antecipada da pena o denominado "*estado de coisas inconstitucional*" do sistema penitenciário brasileiro, assim reconhecido no julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 3472, Relator o Ministro Marco Aurélio, Dje 18.2.2015:

> *"CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

> *máximo de 24 horas, contado do momento da prisão"* (ADPF n. 347 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Pleno, Dje 18.2.2015).

20. O instituto advém da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, inicialmente admitido em matéria educacional, na "*Sentencia de Unificación (SU) nº 559, de 1997, em que constatada "un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política"* (http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561231).

Ao contrário de se propagandear um quadro de omissão do Poder Públicos, ou justificar uma espécie de *non liquet*, o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" expõe a necessidade de se instrumentalizarem os órgãos e institutos da execução penal para a sua legitimação e a instrumentalização do Poder Judiciário para atuar, de forma harmônica e eficiente com os demais poderes estatais, na busca de soluções gerais (evitando-se o excesso de judicialização) para a garantia do sistema, no caso, o carcerário, de forma a assegurar os direitos constitucionais dos presos, sejam eles provisórios ou definitivos:

> "*La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política . El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política , tiene relación directa con la violación de*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

> *derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule"* (http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-435612316.11.1997).

Com o reconhecimento do "*estado de coisas inconstitucional*" não se busca evitar a execução da pena (agraciando uns em detrimento de outros), mas dignificar o seu cumprimento com o atendimento dos direitos constitucionais dos custodiados.

21. O art. 283 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 12.403/2011 dispõe:

> *"Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)".*

A norma mostra-se compatível com a interpretação conferida à matéria pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 126.292 (Pleno, Dje 17.5.2016), devendo ser aplicada de modo a conjugar (sem suprimir) as diferentes hipóteses de prisão. Ao contrário do que defende o Impetrante, a norma não institui (nem poderia instituir) a exclusividade dos provimentos transitados em julgado para a execução de pena privativa de liberdade.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

22. Nessa perspectiva, tem-se o art. 283 do Código de Processo Penal como uma reiteração das hipóteses legais de prisão admitidas na Constituição da República, especialmente em seu art. 5º, inc. LXI, em modalidades distintas, não excludentes de custódia, quais sejam:

a) prisão em flagrante delito;

b) prisão decorrente de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (aqui incluídas aquelas para as quais não haja recurso com efeito suspensivo, como tratado na espécie);

c) prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado;

d) prisão temporária ou preventiva havida no curso da investigação ou do processo.

23. Pelo exposto, acompanhando o Ministro Relator, **voto no sentido de denegar a ordem.**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130149.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR	**: MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S)	: LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S)	: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S)	: JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUARTA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, eminentes Pares, na sessão anterior, com efeito, a maioria dos componentes deste Colegiado deferiu a liminar com a produção dos seus efeitos até o julgamento deste *habeas corpus* na data de hoje.

Eu também depreendo que, da tribuna, suscitou-se a questão, eventualmente, de uma produção de efeitos que viessem a alcançar as ações declaratórias de constitucionalidade.

Gostaria de lembrar que esse pedido, ao que me recordo do exame dos autos que fiz, veio estampado no pedido de aditamento, que acolhi o pedido de aditamento, mas não acolhi os requerimentos, e, entre os que indeferi, estava também este pedido.

É claro que, como Vossa Excelência disse, esta matéria veio ao Plenário em razão de aspectos que foram suscitados desde a petição inicial da impetração e reiteradas no aditamento em relação à urgência do tema. Indicava-se o *periculum in mora*, o julgamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

No que diz respeito especificamente às ADCs, a liminar que foi deferida pela maioria, em meu modo de ver, cessa sua eficácia com este julgamento. E havendo maioria já pronunciada no sentido da denegação da ordem, com toda vênia a essa suscitação, não vejo como cogitar-se de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14633666.

deferir liminar em relação ao que foi pedido da tribuna.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14633666.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, diria que há uma maioria temporária, porque, tendo em conta a ressalva de entendimento implementada pela ministra Rosa Weber, visando votar nas declaratórias, essa decisão não é, por enquanto, uma decisão definitiva do Supremo. Por isso vou continuar atuando como venho fazendo, afastando sempre a execução provisória, isso no campo individual, até que julgadas as declaratórias.

O que penso, ante esse contexto, é que devemos preservar a medida acauteladora até a publicação do acórdão. E, digo, até o esgotamento do prazo para a protocolação de embargos declaratórios, consideradas, inclusive, as discussões que foram travadas no Plenário.

Vossa Excelência já ia proclamar sem ouvir o Colegiado, tendo ouvido o Relator, como se Sua Excelência falasse pelos demais integrantes, já que a liminar foi deferida pelo Colegiado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14719929.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUARTA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, na sessão passada, até contra o meu voto, a liminar foi implementada com o argumento de que o paciente não poderia sofrer eventual prejuízo em virtude do atraso ou da impossibilidade de o Supremo encerrar naquela sessão o julgamento. Esse foi o motivo da implementação da medida liminar; não existe mais. E diria mais ainda, uma vez denegado o *habeas corpus*, não há razão, ao meu ver, com o devido respeito à posição contrária, não há a possibilidade de mantença de uma liminar se a decisão final já foi dada.

Então, acompanho integralmente o Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14871693.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUARTA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Também, Presidente, acompanho o Relator, até porque penso que a concessão de uma liminar aqui teria que ser uma liminar coletiva para todo mundo que esteja na mesma situação: aguardar o julgamento da ADC.

Portanto, não consigo imaginar essa solução.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14882137.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUARTA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ LIMINAR)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, pensei que tivesse sido bastante clara no meu voto, quando disse que apreciava este *habeas corpus* da mesma forma como apreciei todos os que me foram distribuídos de 2016 até aqui.

Em todos eles – inclusive fiz a leitura da ementa do que julguei agora em 19 de março último –, ressalvei o meu entendimento pessoal com relação ao tema de fundo. Hoje procedi exatamente da mesma forma. Há uma decisão da repercussão geral, que aplico pela observância do princípio da colegialidade. E, além disso, neste *habeas corpus*, considerado o seu espectro, na minha visão, a partir do texto constitucional, art. 5º, LXVIII, entendo que, pela destinação e pela decisão atacada, ele ensejou a denegação da ordem.

Por isso, com todo respeito e cumprimentando o nobre advogado pelo denodo com que está exercendo o seu *mister*, acompanho o voto do eminente Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14945001.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUARTA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, entendo que quem denegou a ordem não pode, evidentemente, por contradição, deferir essa liminar.

Acompanho o Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14796029.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUARTA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, também cumprimento mais uma vez o trabalho feito pela defesa do paciente.

Esta oportunidade é muito boa para esclarecer algo, porque este Tribunal, como um todo, acabou sendo criticado, dizendo-se que, ao dar a cautelar ou, em outras palavras, o salvo-conduto, até o final do julgamento deste caso - tendo aberto esse posicionamento exatamente, a Ministra **Rosa Weber** -, o Tribunal teria feito algo inédito em sua história, o que é uma tremenda mentira. Inclusive, li um artigo de uma pessoa que muito admiro, que é o Carlos Nejar, escritor e poeta, que me foi apresentado pelo querido **Ayres Britto**. Ele escreveu um artigo em um dos grandes jornais dizendo: "De maneira inédita, o Supremo...". Infelizmente, esse intelectual estava desinformado.

Cito os precedentes. Quando demos a medida liminar até o final julgamento, agimos como já o fizera este Plenário na AP 321; no *HC* 87.395; no MS 25.823, entre outros que poderia citar. Então, não foi algo inédito – há vários precedentes. Essa é uma boa oportunidade para se colocar as coisas nos seus devidos lugares.

Se fosse para implementar uma medida liminar, Senhora Presidente, a esta altura, a despeito da posição que já externou o Ministro **Marco Aurélio**, minha posição seria a de se conceder uma liminar até o julgamento final no Superior Tribunal de Justiça, que é como votei no mérito. Só que fiquei vencido nessa linha do meio, que já adotara na ADC.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819450.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Considerei dois fatos: o primeiro, a ressalva que sinalizou maioria nas declaratórias de constitucionalidade, afastando a execução precoce e assentando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal; segundo, seria a liminar não para aguardar-se o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, porque estaria caminhando no sentido de tornar prevalecente a corrente minoritária, mas a publicação do acórdão e, quem sabe, a protocolação de embargos declaratórios, que não posso presumir sejam simplesmente protelatórios.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Compreendo a posição de Vossa Excelência, mas me sinto aqui na posição de quem proferiu um voto e um posicionamento que acabou não prevalecendo.

Então, peço vênia a Vossa Excelência e aos eminentes colegas que ainda não votaram e venham a acompanhá-lo para acompanhar a posição do Relator, seguindo, como tenho seguido em regra, a posição do colegiado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14819450.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUARTA QUESTÃO DE ORDEM
(S/ LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu entendi que, na assentada passada, nós concedemos uma liminar até o término do julgamento deste *habeas corpus*. E pelo que eu sei, um julgamento só termina com a publicação do acórdão e o transcurso do prazo para interposição de eventuais embargos declaratórios. Eu até imagino que esses embargos virão, dada a complexidade deste julgamento, que durou cerca de onze horas, se não me engano.

Ademais, essa tem sido a praxe da Casa. Excepcionalmente, nós determinamos, nas Turmas e no Plenário, o trânsito em julgado quando estamos em face de algum recurso protelatório. E, como disse o eminente Ministro Marco Aurélio, não podemos presumir, de antemão, especialmente, repito, dada a complexidade deste julgamento, que os eventuais embargos terão caráter protelatório.

Portanto, eu acompanho, muito tranquilamente, com essa argumentação, a proposta do eminente vice-Decano desta Corte, Ministro Marco Aurélio.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15018389.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, apenas para acentuar que estamos aqui a tomar voto sobre a liminar, mas não estamos decretando o trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Só faltava isso, não é?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente, eu estou tornando claro, Ministro, porque quem está nos ouvindo poderia chegar à conclusão de que seria isso. Não é o caso, de jeito nenhum. Apenas para deixar claro que, nem de longe, estamos a cogitar disso.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15130113.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Votei, Presidente, e reafirmo: a colocação que fiz se deve muito mais ao fato de ter-se, no cenário, incoerência, ou seja, uma maioria simplesmente temporária quanto à matéria de fundo. Continuo acreditando que cabia colocar em pauta as declaratórias de constitucionalidade, quando o resultado seria outro, como seria outro também no tocante à apreciação do pedido de medida acauteladora.

Por isso é que proponho que se aguarde a publicação do acórdão e, possivelmente, o julgamento de declaratórios que venham a ser protocolados.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 14719931.

04/04/2018 **PLENÁRIO**

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

VOTO S/ QUARTA QUESTÃO DE ORDEM (S/ LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhora Presidente, **para acompanhar** o voto do eminente Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 15085684.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 152.752
PROCED. : PARANÁ
RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS (000814/DF)
ADV.(A/S) : JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE (00578/DF) E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do *habeas corpus*. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste *habeas corpus*, que se dará na sessão de 04.04.2018. Falaram: pelo paciente, o Dr. José Roberto Batochio; e, pela Procuradoria-Geral da República – PGR, a Drª. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Plenário, 22.3.2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou questão de ordem, suscitada da tribuna pelo advogado do paciente, no sentido de que, havendo empate na votação, a Presidente do Tribunal não poderia votar. Ao final, o Tribunal indeferiu novo pedido de medida liminar suscitado da tribuna, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e cassou o salvo-conduto anteriormente concedido. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes na votação da questão de ordem e do pedido de medida liminar. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 4.4.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 14638674