



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 5976

Requerente: Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Municipal –
CONFETAM

Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Relator: Ministro ROBERTO BARROSO

Execução provisória de condenação penal. Súmula nº 122, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Preliminares. Descabimento de ação direta para impugnação de enunciado sumular de Tribunal, ante a ausência de natureza normativa do verbete. Ilegitimidade ativa, por falta de pertinência temática. Mérito. A Constituição reserva tónicas normativas distintas para “presunção de inocência” (tratamento processual justo) e “vedação de prisões arbitrárias”. A garantia do artigo 5º. LVII, não viabiliza, nem mesmo por intermediação legislativa, uma associação inflexível entre “execução antecipada da pena” e “prisão arbitrária”. Fosse assim, o conceito de crime inafiançável não faria sentido. Conferir interpretação hipergarantista à presunção de inocência equivale a embotar os direitos fundamentais de vítimas e o valor do sistema de justiça para a coesão social. A revisão jurisprudencial de 2016 repõe senso de coerência normativa na proteção dos bens jurídicos básicos da sociedade. Manifestação pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.


André Luiz de Almeida Mendonça
Advogado-Geral da União

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Municipal – CONFETAM, tendo por objeto a Súmula nº 122, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que dispõe o seguinte:

Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.

Após sustentar sua legitimidade ativa e o cabimento da presente via processual, a autora assevera que, ao exigir que juízes e colegiados vinculados ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinem o cumprimento provisório da pena após a confirmação de sentença penal condenatória em segunda instância, o enunciado sumular estaria em desacordo com o previsto no artigo 5º, incisos LIV e LVII, da Carta Republicana¹.

Nessa linha, defende que, por dispensar a demonstração fundamentada de eventuais riscos representados pela manutenção da liberdade do réu, a disposição questionada impediria o pleno exercício do direito de defesa, o contraditório, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Com esteio nesses argumentos, a autora pede a suspensão cautelar dos efeitos da Súmula nº 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sua posterior declaração de inconstitucionalidade, *“visto que ao suprimir do texto o verbo ‘deve’, este torna-se sem sentido literário, em virtude das violações aos julgadores congêneres do Supremo Tribunal Federal no sentido*

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

de ‘possibilidade’ e não de ‘dever’ quanto ao início de cumprimento de execução de pena a partir da condenação de segunda instância antes do trânsito em julgado e à Constituição Federal que expressamente determina a consolidação de culpa somente após o trânsito em julgado” (fl. 4 da petição inicial).

Em petição de aditamento, a requerente veiculou pedido subsidiário de interpretação conforme à Constituição da expressão “*deve*”, constante do ato impugnado, para que “*seja substituída pela palavra ‘pode’, dando sentido ao texto da Súmula na conformidade dos julgados do STF e do Artigo 5º, inciso LIV, que impede a consolidação de culpa antes do trânsito em julgado*” (fl. 4 da petição de aditamento).

O processo foi distribuído ao Ministro Relator ROBERTO BARROSO, que, nos termos do rito previsto pelo artigo 6º da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações à autoridade requerida.

Em atenção à determinação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região esclareceu que “*todos os precedentes que embasaram a edição da Súmula n. 122 deste Tribunal evocam como fundamento de validade a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 126.292/SP*” (fl. 6 das informações prestadas).

Posteriormente, em despacho datado de 22 de fevereiro de 2019, o Ministro Relator ROBERTO BARROSO, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 9.868/1999, determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e da Procuradora-Geral da República.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – PRELIMINARES

II.1 – Da ilegitimidade ativa da autora

Cumpra observar, inicialmente, que a requerente carece de legitimidade para impugnar a disposição sumular ora hostilizada.

Isso porque, segundo a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, a legitimidade das confederações sindicais ou entidades de classe para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade está condicionada ao preenchimento do requisito da pertinência temática, ou seja, da relação de pertinência entre o objeto da ação e as atividades institucionais da parte autora. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CONFEDERAÇÃO SINDICAL. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. MANUTENÇÃO DO ARQUIVAMENTO AÇÃO. 1. A decisão agravada encontra-se em plena consonância com a **jurisprudência eminentemente consolidada desta Corte, segundo a qual condiciona-se a legitimidade ativa das confederações sindicais à necessária pertinência temática entre suas respectivas finalidades institucionais e o conteúdo normativo dos atos impugnados. Por todos: ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 1.508, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 1.519-MC, Rel. Min. Carlos Velloso.** 2. Nesse sentido, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria não possui legitimidade para a presente ação direta, visto que seu escopo de atuação não guarda pertinência temática direta com os atos impugnados, que tratam da possibilidade de cancelamento, pela Secretaria de Receita Federal, de registro especial de funcionamento de empresas fabricantes de cigarro, no caso de descumprimento de obrigação tributária. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ADI nº 3527 AgR, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 14/12/2018, Publicação em 11/02/2019; Grifou-se)

Na espécie, a autora, embora tenha por finalidade coordenar ações e estudos em defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos dos trabalhadores no serviço público municipal (artigo 2º, parágrafo único, do seu

Estatuto Social²), questiona a validade de disposição sumular aplicável não apenas a seus filiados, mas a jurisdicionados submetidos a processos criminais perante a Justiça Federal da 4ª Região.

O teor do verbete hostilizado, desta feita, não guarda relação direta ou indireta com os fins institucionais da requerente, uma vez que consolida entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no sentido da obrigatoriedade de cumprimento provisório da pena após o encerramento da jurisdição criminal de segundo grau. Inexiste, portanto, qualquer elo de pertinência temática entre as suas finalidades estatutárias e a pretensão de reconhecimento da inconstitucionalidade do enunciado jurisprudencial.

Assim, evidencia-se a ilegitimidade da requerente para instaurar o presente processo de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que os pedidos formulados e o ato atacado se aplicam a um conjunto de pessoas sem correlação com os fins institucionais a que se destinam a referida confederação. Nessa linha, confira-se a jurisprudência dessa Suprema Corte:

ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ARTIGOS 1º, § 2º; 21, PARÁGRAFO ÚNICO; 22; 23; 24, § 3º; E 78 DA LEI N. 8.906/1994. INTERVENÇÃO COMO LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE SUBSEÇÕES DA OAB: INADMISSIBILIDADE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ARTIGOS 22, 23 E 78: NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. ART. 1º, § 2º: AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 21 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 24, § 3º: OFENSA À LIBERDADE CONTRATUAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) **2. Ilegitimidade ativa da Confederação Nacional da Indústria - CNI, por ausência de pertinência temática, relativamente aos artigos 22, 23 e 78 da Lei n. 8.906/1994. Ausência de relação entre os objetivos institucionais da Autora e do conteúdo normativo dos dispositivos legais questionados.** (...) 6. Ação direta de

² “Art. 2º - A CONFETAM/CUT não tem finalidade lucrativa. É uma Entidade com autonomia administrativa, financeira e política exercida na forma deste Estatuto.

§ Único - A Entidade é constituída por prazo indeterminado para fins de coordenação de ações e estudo na defesa dos direitos e interesses individual e coletivo dos (as) trabalhadores (as) no Serviço Público Municipal do Brasil” (fl. 1 do documento eletrônico nº 07).

inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 21 e seu parágrafo único e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 24, todos da Lei n. 8.906/1994.

(ADI nº 1194, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relatora para o Acórdão: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/05/2009, Publicação em 11/09/2009; grifou-se).

Além da carência de nexos temáticos, a inicial também não pode ser conhecida porque a condição de confederação sindical não foi devidamente comprovada nos autos pela autora.

Conforme iterativamente sinalizado pela jurisprudência dessa Suprema Corte, a existência jurídica das entidades sindicais é formalizada mediante duplo registro. Desse modo, para a aferição da regularidade de sua constituição, é imprescindível a apresentação do registro sindical junto ao Ministério do Trabalho. Nesse sentido, vale conferir, pela atualidade, o seguinte precedente:

CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – AUTORA QUE SE QUALIFICA COMO “ENTIDADE SINDICAL DE GRAU MÁXIMO” – INEXISTÊNCIA, CONTUDO, QUANTO A ELA, DE REGISTRO SINDICAL EM ÓRGÃO ESTATAL COMPETENTE – A QUESTÃO DO DUPLO REGISTRO: O REGISTRO CIVIL E O REGISTRO SINDICAL – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RTJ 159/413-414, v.g.) – CADASTRO NACIONAL DE ENTIDADES SINDICAIS MANTIDO PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO: COMPATIBILIDADE DESSE REGISTRO ESTATAL COM O POSTULADO DA LIBERDADE SINDICAL (SÚMULA 677/STF) – AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO REGISTRO SINDICAL COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DA QUALIDADE PARA AGIR EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA – CONTROLE PRÉVIO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO RELATOR DA CAUSA – LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DESSE PODER MONOCRÁTICO (RTJ 139/67, v.g.) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(ADI nº 4422 AgR, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 06/11/2014, Publicação em 19/02/2015; grifou-se).

Na espécie, porém, a requerente não instruiu a petição inicial com documentação capaz de demonstrar, de forma idônea, a obtenção do registro junto à autoridade que, segundo a Súmula nº 677 dessa Suprema Corte³, é competente para viabilizá-lo.

Diante dessas razões, que evidenciam amplamente a falta de legitimidade ativa da requerente, a ação não pode ser conhecida.

II.II – Descabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra entendimento jurisprudencial sumulado

Além da falta de legitimidade, a presente ação também se revela inadequada quanto ao objeto de sua impugnação. As hipóteses de cabimento previstas constitucionalmente para a ação direta de inconstitucionalidade estão taxativamente previstas no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) **a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual** e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Grifou-se)

Da leitura do dispositivo constitucional transcrito se extrai, sem dificuldades, que a ação direta de inconstitucionalidade se presta a impugnar apenas atos estatais – federais ou estaduais – de conteúdo normativo, isto é, capazes de inovar primariamente o conteúdo do direito. Atos do poder público de normatividade secundária ou, ainda, sem autoridade normativa, não se expõem ao controle jurisdicional nesta via de fiscalização abstrata.

³ “Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.”

No presente caso, questiona-se o enunciado sumular nº 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apesar da origem forense, o verbete não se caracteriza como lei ou ato normativo, ostentando autoridade meramente persuasiva, de síntese da reiterada jurisprudência da Corte acerca do cumprimento provisório da pena privativa de liberdade.

Por não reconhecer valor normativo aos enunciados sumulares, a jurisprudência consolidada nessa Suprema Corte tem recusado o conhecimento de ações diretas de inconstitucionalidade dirigidas em face dessa espécie de atos. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Processo constitucional. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. **Súmula do Tribunal de Contas da União. Ausência de caráter normativo. Não cabimento. 1. Súmula do TCU é mero verbete desprovido de eficácia normativa, que tão-somente consolida entendimento do Tribunal. Ato cujo questionamento não é viável por meio de ação direta de inconstitucionalidade.** Precedente: ADI 1493, Rel. Min. Sydney Sanches. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ADI nº 5899 AgR, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 13/06/2018, Publicado em 27/08/2018; grifou-se)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. DESCABIMENTO, POR NÃO SE TRATAR DE ATO NORMATIVO (ART. 102, I, "a" DA C.F.).

1. Seguimento (da A.D.I.) negado pelo Relator, por falta de possibilidade jurídica do pedido. 2. Precedentes: ADI(s) nºs. 899, 594 e 1.493. 3. Agravo improvido. Decisão unânime. (ADI nº 923 AgR, Relator: Ministro SYDNEI SANCHES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 21/08/2002, Publicação em 27/09/2002; grifou-se).

Sendo exatamente este o caso da presente ação, não pode ela ser conhecida. Da mesma forma como sucedeu nos julgados que se vem de referir, o objeto indicado pela requerente não se caracteriza como lei ou ato normativo para o fim do disposto no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Carta Republicana.

III – MÉRITO

Conforme relatado, a autora pretende a declaração da invalidade do verbete sumular nº 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a consideração de que o entendimento nele firmado estaria em contraste com os comandos inscritos no artigo 5º, incisos LIV e LVII, da Constituição de 1988.

O argumento formulado na inicial é semelhante àquele que vem sendo desenvolvido em três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (nºs 43, 44 e 54) que tramitam nesse Supremo Tribunal Federal, todas tendo por objeto o artigo 283, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), alterado pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que dispõe 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.

As ações buscam fundamento na necessidade de neutralizar o estado de suspeição que teria se projetado sobre a legitimidade do dispositivo acima transcrito após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC nº 126.292, Relator o MINISTRO TEORI ZAVASCKI. Na ocasião, o Plenário operou revisão histórica a propósito de sua jurisprudência, fixando entendimento segundo o 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”*.

Os requerentes das ADC's sustentam, em linhas gerais, a compatibilidade do dispositivo acima declinado com os ditames constitucionais atualmente vigentes, especialmente com o artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior

de 1988⁴ e com o princípio processual penal do *in dubio pro reu*. Com esteio nessa tese central, os autores pedem a declaração de constitucionalidade do artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal, para reconhecer como válida a opção legislativa que teria condicionado o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em alguma medida, os pedidos veiculados na presente ação direta de inconstitucionalidade refletem essa mesma idealização jurídica, sobre a inconstitucionalidade da prisão após condenação penal em segunda instância, sobretudo quando determinada sem considerações concretas, na forma da Súmula nº 122, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Não obstante essa Advocacia-Geral da União já tenha prestado manifestações em todas as três ações diretas de constitucionalidade antes mencionadas, pronunciando-se pela procedência dos pedidos, há um conjunto de fatores relevantes que justificam a apresentação de um novo discernimento em relação a elas, e também na presente causa.

Isso porque, desde 2016, uma sequência de julgamentos realizados pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal⁵ a propósito do alcance e sentido da garantia constitucional da presunção de inocência consolidou um fenômeno

⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

⁵ HC 126292, Relator: MINISTRO TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgamento em 17/02/2016, Publicação em 17-05-2016;

HC 126292 ED, Relator: MINISTRO TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, Julgamento em em 02/09/2016, Publicação em 07/02/2017;

ARE 964246 RG, Relator: MINISTRO TEORI ZAVASCKI, Plenário Virtual, Julgamento em 10/11/2016, Publicado em 25/11/2016;

ADC 43 MC, Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Publicado em 07/03/2018;

HC 152752, Relator: MINISTRO EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, Publicado em 27/06/2018;

de mutação sobre o conteúdo da cláusula do artigo 5º, inciso LVII, a respeito da qual não se pode cerrar os olhos.

Talvez por uma premissa cronológica, tal realidade não pôde ser captada nas manifestações anteriores. Fato é que, na atual quadra, pede observância a nova projeção conferida ao texto constitucional por aquele que é o seu guardião natural, o Supremo Tribunal Federal. Esse acatamento, aqui, surge como dever de fidedignidade à própria supremacia da Constituição Federal, razão pela qual não conflita com o papel de curadoria de legitimidade de atos normativos hospedada no artigo 103, § 3º, da Lei Maior, na linha da jurisprudência do Plenário desse Supremo Tribunal Federal⁶.

III.1 – Um pouco da paisagem normativa internacional

O postulado da presunção da inocência é um paradigma de dignidade cuja mensagem ecoa difusamente pelos ordenamentos jurídicos ocidentais, preconizando um tratamento processual humanizado dos acusados.

Independentemente de qualquer positivação interna, ele já está acoplado à consciência jurídica brasileira pela previsão em diversos tratados internacionais. Dentre eles, é possível mencionar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, na Colômbia, entre março e maio de 1948⁷; a Declaração Universal

⁶ Nesse sentido, os precedentes firmados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator MINISTRO EROS GRAU, DJ de 19.10.2009; na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843, Relator MINISTRO CELSO DE MELLO, DJ de 03.02.2014; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 351, Relator MINISTRO MARCO AURÉLIO, DJ de 05.08.2014; e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator MINISTRO DIAS TOFFOLI, DJ de 28.03.2014.

⁷ Consta do Artigo XXVI: “*Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.*”

dos Direitos Humanos, de 1948⁸; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966⁹; e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969¹⁰.

Em todos esses documentos internacionais, a presunção da inocência é definida como uma garantia a ser observada até que a comprovação da culpa seja feita mediante um processo criminal definido na lei. Não há associação direta entre a presunção de inocência e a legitimidade de atos de detenção ou prisão. O que a presunção reclama, na linguagem muito similar dessas convenções, é que as autoridades estatais não incorram na precipitação de um juízo de culpa antes que ele transpareça da conclusão de um processo legal.

Trata-se, em outra vertente, de pressuposto para garantir um julgamento justo. É essa, por exemplo, a formulação abrigada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em que a presunção de inocência é tratada de forma pontual no artigo 6, § 2^o¹¹, dentro do contexto maior de um capítulo de requisitos processuais exigíveis para a garantia de um processo justo ou equitativo (Artigo 6^o), conceito que envolve uma avaliação global¹² dos procedimentos criminais. A presunção de inocência vem estabelecida basicamente como impedimento normativo a declarações prematuras de culpa

⁸ Estabelece o artigo XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “*Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”.

⁹ Prevê o artigo 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos: “*Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”.

¹⁰ O artigo 8, 2, da Convenção Americana dos Direitos Humanos determina que: “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)*”.

¹¹ Artigo 6^o, § 2^o, assim prevê que “*Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”.

¹² “*Article 6 entails examination of fairness of proceedings taken as a whole – namely on account of all stages and opportunities given to an applicant – not evaluation of an isolated procedural defect per se*”, em tradução livre: “*O Artigo 6 envolve o exame da justiça dos procedimentos tomados como um todo – uma avaliação de todos os estágios e oportunidades dadas ao acusado – e não uma valoração de um defeito procedimental isolado em si*”. Vitkauskas, Dovydas, and Grigoriy Dikov. *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 2012, p. 9.

por autoridades públicas, e, também, como limite a episódios de inversão do ônus da prova¹³ e de responsabilização civil de acusados que não tenham tido sua culpa demonstrada no foro penal.

Ao longo do tempo, a literatura jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu uma série de requerimentos para garantia de um mínimo de equitatividade (= *fairness*) – todos eles de alguma forma interpretados como decorrência prática do postulado da presunção de inocência – tais como a necessidade de procedimentos adversariais, paridade de armas, direito à presença e publicidade em atos processuais, ao silêncio e à não incriminação, a não ser expulso ou extraditado para um país em que não haverá julgamento justo, dentre outros.

No âmbito da CEDH, porém, não é comum que a legalidade de prisões ou detenções seja avaliada tendo como parâmetro exclusivo a presunção de inocência. Entre outras razões, isso se deve ao fato de os requisitos para atos de privação de liberdade possuírem sede no artigo 5º, item 1, da Convenção, cuja alínea “a” excepciona expressamente a possibilidade de prisão “*em consequência de condenação por Tribunal competente*”. Isso não quer dizer que a presunção de inocência do artigo 6º, § 2º, da Convenção Europeia tenha conteúdo restrito a apenas parte do processo criminal, mas que o preceito não é suficiente para regular todos os atos restritivos praticados no curso do processo penal, havendo uma especificação evidente no tratamento normativo das prisões.

Ao lado das noções contidas nesses documentos, acumula-se à imagética da presunção de inocência uma outra noção, mais própria do direito americano, em que a garantia funciona como parâmetro de julgamento, uma parente próxima da ideia romana do *in dubio pro reu*, a qual postula que

¹³ Vitkauskas, Dovydas, and Grigoriy Dikov. *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 2012. p. 78.

ninguém seja condenado a não ser que o Estado cumpra o seu ônus de provar a acusação acima de qualquer dúvida razoável¹⁴.

A consideração dessa antologia de percepções jurídicas apresenta o radical da presunção de inocência, o seu núcleo de sentido: o princípio impõe uma obrigação de tratamento processual justo em favor dos acusados, no qual a presunção somente venha a ser afastada caso o Estado-acusador demonstre ter sido capaz de comprovar – por meio do devido processo, e para além de qualquer dúvida razoável – a culpabilidade do eventual infrator¹⁵.

A mensagem normativa recuperada acima é corroborada no ordenamento nacional. Antes de avançar qualquer consideração sobre o modo como o preceito é verbalizado no direito positivo, é possível perceber, na realidade brasileira, que o princípio da presunção de inocência é informativo de toda a dinâmica do sistema acusatório de responsabilização penal, funcionando, segundo compreensão generalizada na doutrina, ora como regra de tratamento, ora como regra de juízo. Não se trata de uma presença tímida, mas difusa, com consequências sentidas em inúmeros atos do processo penal.

Isso é evidenciado pela amplitude das obrigações de tratamento dos acusados. Por força desse conteúdo normativo, a formação processual da culpa deve obedecer a um regime probatório estrito. Neste, todos os ônus demonstrativos cabem ao órgão acusatório, que não pode se valer de meios

¹⁴ É conhecida a passagem do Justice Frankfurter, da Suprema Corte Americana, ao apontar a exigência de prova além de qualquer dúvida razoável como requisito para uma condenação criminal como um dos “orgulhos de uma sociedade livre”. *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790, 803 (1952) (Frankfurter, J., voto de dissenso).

¹⁵ “O princípio traz em si uma presunção. Essa presunção (de inocência) é afastada se, mediante um devido processo legal, há a comprovação da culpa pela Acusação, de forma a convencer o magistrado, para além de qualquer dúvida razoável, da prática de conduta delituosa (não justificada ou exculpada), a ensejar, aí sim, uma condenação penal por meio de uma decisão fundamentada. É que a presunção de inocência não é (nem poderia ser, sob pena de se desestabilizar o próprio funcionamento do corpo social uma presunção absoluta, motivo pelo qual provas (robustas) em sentido contrário são capazes de elidí-la”. Suxberger, Antonio Henrique Graciano, and Marianne Gomes de Amaral. **A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório**. *Revista de Direito Brasileira* 16.7 (2017): p. 192

ilícitos para provar comportamentos delitivos, nem está autorizado a exigir que acusados prestem declarações que possam resultar em autoincriminação. Caso inexistam riscos concretos, réus não podem sequer ser apresentados a julgamento portando algemas¹⁶.

Porém, nada disso produziria efeitos se a presunção estivesse desparamentada de uma ampla instrumentalização defensiva. Para viabilizar uma apuração realmente imparcial da culpa, os atos de acusação devem ser contrastados por um amplo discurso em favor do estado de inocência, em dinâmica adversarial respaldada por auxílio técnico, com oportunidades de contraditar provas, interpretações do direito e conclusões eventualmente condenatórias. Tudo na forma de um devido processo legalmente estabelecido.

Mas a influência do princípio vai além disso. Ao repelir a imputação de responsabilidade criminal objetiva, ele vincula já o legislador, deslegitimando, por exemplo, eventuais tipificações fundadas em perigo excessivamente abstrato, que não permitam qualquer nível de apuração de intencionalidade da conduta¹⁷. Como norma de juízo, também estabelece a necessidade de rigorosa observância do ônus da prova pelos magistrados, impondo aos veredictos condenatórios um amplo dever de justificação de nexo causal em relação à cada tipo penal imputado pela acusação.

O relato é uma síntese das diversas implicações do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro. É possível afirmar, sem correr risco de heresia, que mesmo que a presunção de inocência representasse o

¹⁶ Súmula vinculante nº 13: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

¹⁷ RE 583523, Relator: MINISTRO GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2013, Publicado em 22/10/2014. Tese de julgamento: “O art. 25 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941) não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da isonomia (CF, art. 5º, caput e I)”

único direito fundamental garantido expressamente pela Constituição Federal a pessoas processadas penalmente, ainda assim, todos os demais padrões de persecução penal tangenciados acima subsistiriam como normas implícitas do direito constitucional brasileiro. A pujança normativa do princípio é, portanto, incontestável.

III.2 – O plano textual da Constituição Brasileira e as diferentes tônicas protetivas do “tratamento processual justo” e “vedação a prisões arbitrárias”

Sua formulação no texto constitucional de 1988 acompanhou a técnica utilizada em outros documentos normativos, como a já citada Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispondo sobre a presunção de inocência de forma textualmente apartada da disciplina das prisões:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(...)

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;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

(...)

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

A apreciação conjunta desses dispositivos evidencia uma forte ideia de especificação do tratamento normativo da presunção de inocência — na forma do artigo 5º, inciso LVII —, separando-o do discurso reservado aos requisitos dos atos de privação de liberdade, previstos nos demais dispositivos. Isso decorre não apenas da realidade vocativa dos enunciados sobre prisão — em que se encontra a linguagem “a prisão ilegal” ou “ninguém será preso” — quanto de algumas inferências lógicas diretas, como por exemplo a que se estabelece com outros incisos do artigo 5º, da Constituição, principalmente os seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Ao dispor três vezes sobre a categoria dos crimes inafiançáveis, o texto constitucional viabilizou claramente uma associação entre o desvalor ou a gravidade de certos crimes e a possibilidade de responder a processo em liberdade, vedando a concessão de liberdade provisória por juízes, mesmo que fundamentadamente. O reconhecimento, pela Constituição Federal, da impossibilidade de fiança é uma admissão irrefutável de que, além das detenções de natureza cautelar, determinadas a partir de motivos definidos em lei, é

possível — e, por vezes, até imperativo — que acusados de crimes permaneçam presos antes da conclusão do processo penal.

Em geral, o juízo sobre a necessidade de decretação da prisão, por motivos cautelares ou não, será realizado por ordem escrita e fundamentada do juízo competente, nos termos do artigo 5º, inciso LXI. O acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição é uma das formas pelas quais o requisito anterior se cumprirá.

Mas – como visto acima – a Constituição mesma já determinou que algumas decisões sobre a liberdade dos acusados sequer estão à disposição do crivo judicial, e outorgou ao legislador discricionariedade para definir o conceito de crimes inafiançáveis.

Está estabelecida, nesses termos, uma declaração constitucional de primeira importância. A de que a deferência do sistema de justiça criminal com os paradigmas de tratamento processual justo, aglutinados em torno da presunção de inocência, não pode criar um descompasso imperdoável entre a prática das condutas delitivas e a resposta penal. Isso esvaziaria brutalmente a autoridade do Estado para cumprir aquela que é, por excelência, a sua missão: a garantia das condições mínimas de pacificação social pelo monopólio da força.

Essa autoridade é reconhecida expressamente não apenas na forma do artigo 5º, inciso LXI¹⁸ — cuja principal função, diga-se de passagem, é estabelecer premissas para evitar prisões arbitrárias —, como, indiretamente, por diversos outros dispositivos que dão conformação ao processo de responsabilização criminal. Dentre esses, destacam-se o princípio (i) de duração razoável do processo¹⁹; (ii) de soberania dos veredictos do Tribunal do Júri²⁰;

¹⁸ "Art. 5º (...)

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;"

¹⁹ "Art. 5º (...)

(iii) do arcabouço recursal previsto nos artigos 102 e 105; e (iv) também da tutela da vida, da segurança e da integridade física e moral das pessoas²¹.

O texto da Constituição Brasileira acolheu a estratégia legística nada inédita de dissociar, nos termos de diferentes dispositivos, as noções de julgamento justo e prisão arbitrária. Há um grupo de enunciados que enfeixam as características de um “tratamento processual justo” a ser garantido a todos os acusados em processos criminais, e, separadamente, há dispositivos que proclamam “requisitos de detenção legítima”, os quais, salvo nas hipóteses de crimes inafiançáveis, envolvem uma fundamentação judiciária a ser estabelecida, entre outros parâmetros, a partir da noção de culpabilidade demonstrada acima de qualquer dúvida razoável.

Portanto, o conteúdo essencial da presunção de inocência não estabelece impedimento à prisão até a ultimação de todo o curso do processo penal²². A semântica constitucional trabalha com a locução “declarado culpado” que não tem sinonímia com “será preso”. Uma conhecida passagem acadêmica da lavra do MINISTRO GILMAR MENDES elucida essa peculiaridade e, a partir dela, distingue um espaço de conformação legislativa presente no desenvolvimento do próprio conceito de “declaração de culpa”:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;”

²⁰ “Art. 5º (...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:”

²¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:”

²² No particular, vale a referência ao seguinte trecho do parecer exarado pela Procuradora-Geral da República nos autos da ADC nº 54, pelo seu teor certo: “A Constituição não assegura um direito a não ser preso. A Constituição assegura um direito a não ser arbitrariamente preso. E prisão após condenação – especialmente quando confirmada por instância revisional – não se confunde nem se equipara a prisão arbitrária” (fl. 23 da manifestação)

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 ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

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

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

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regule os procedimentos, tratando o implicado de forma 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 o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável²³.

A abordagem ministrada no excerto acima endossa, ainda que por uma leitura um pouco diferente, a mensagem geral que se vem construindo na presente manifestação, segundo a qual a Constituição Brasileira reservou tônicas normativas diversas em prol do “tratamento processual justo” e da “proteção contra prisões arbitrárias”²⁴.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. In: Marco Aurélio Mello. (Org.). *Marco Aurélio Mello: ciência e consciência*. 1. ed. São Paulo: Migalhas, 2015, v. I, p. 33-48.

²⁴ No particular, vale a referência ao seguinte trecho do parecer exarado pela Procuradora-Geral da República nos autos da ADC nº 54, pelo seu teor certo: “*A Constituição não assegura um direito a não ser preso. A Constituição assegura um direito a não ser arbitrariamente preso. E prisão após condenação – especialmente*

III.3 – Um salto hipergarantista e as subsequentes demandas de reacomodação

Embora tudo o que se vem de falar seja até certo ponto intuitivo, a escolha terminológica ligeiramente diferenciada do artigo 5º, inciso LVII — que textualizou a referência a “trânsito em julgado” para esclarecer a abrangência da presunção de inocência — provocou incessantes disputas sobre a legitimidade de prisões sem fundamento cautelar claro, com consequências indeléveis no direito constitucional brasileiro, e que desaguaram nas ações ora em exame.

Nas ocasiões em que foi instada a interpretar o alcance do artigo 5º, inciso LVII logo na primeira década de vigência do texto constitucional, a Suprema Corte pontuou claramente que o texto de 1988 não revogou as prisões cautelares²⁵. Em sucessivos julgamentos — e.g., HC nº 72.366, Pleno, DJ de 26/11/1999; HC nº 76.524, Pleno, DJ de 29/08/2003, HC nº 77.945, Pleno, DJ de 20/02/2004 — o Tribunal assentou que a ausência de trânsito em julgado não obstaculizava a prisão, e que a previsão existente no artigo 594 do Código de Processo Penal, condicionando o recurso de apelação ao recolhimento do réu à prisão, era consentânea com a nova ordem constitucional.

Mas, no fim da primeira década do século XXI, ganhou acolhida na Suprema Corte uma interpretação garantista extremamente generosa em relação à força normativa do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Em precedente de 2009, a ideia da presunção de inocência acabou celebrizada para além do alcance razoável. Foi equiparada, em acórdão desse Supremo Tribunal

quando confirmada por instância revisional – não se confunde nem se equipara a prisão arbitrária” (fl. 23 da manifestação)

²⁵ “(...) A PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE, QUE DECORRE DA NORMA INSCRITA NO ART. 5., LVII, DA CONSTITUIÇÃO, E MERAMENTE RELATIVA (JURIS TATUM). ESSE PRINCÍPIO, QUE REPUDIA PRESUNÇÕES CONTRARIAS AO IMPUTADO, TORNOU MAIS INTENSO PARA O ÓRGÃO ACUSADOR, O ONUS SUBSTANCIAL DA PROVA. A REGRA DA NÃO-CULPABILIDADE - INOBTANTE O SEU RELEVO - NÃO AFETOU E NEM SUPRIMIU A DECRETABILIDADE DAS DIVERSAS ESPÉCIES QUE ASSUME A PRISÃO CAUTELAR EM NOSSO DIREITO POSITIVO” (HC nº 67707, Relator: MINISTRO CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 07/11/1989, DJ de 14/08/1992)

Federal, como vedação completa à antecipação da execução penal, sob o fundamento de que “*a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar*” (HC nº 84.078, Tribunal Pleno, Relator MINISTRO EROS GRAU, DJ de 05/02/2009).

Esse entendimento fomentou a aprovação, em 2011, da Lei nº 12.403, que além de modificar normas pertinentes à decretação de medidas cautelares no processo penal, também alterou o artigo 283 do CPP, cujo *caput* passou a associar o exercício da autoridade judiciária para decretar prisão com a existência de sentença transitada em julgado, estabelecendo 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*”.

Essa redação suscita uma leitura que tornaria ilegítima, em abstrato, qualquer ato judicial de decretação de prisão proferido sem motivação cautelar operado antes o trânsito em julgado da condenação criminal. O objetivo dos requerentes das ações declaratórias nº 43, 44 e 54 – também patrocinado nesta ação direta – é ver essa interpretação tornada definitivamente exigível por esse Supremo Tribunal Federal.

Todavia, em revisão expressa da compreensão firmada em 2009, precedentes proferidos pelo Plenário da Suprema Corte após 2016 esclareceram que a Constituição Federal não abona uma leitura de tal forma expansiva do postulado da presunção de inocência.

Nesse sentido, os fundamentos jurídicos demonstrados nos votos dos Ministros que compuseram a corrente majoritária são esclarecedores.

Nas manifestações do MINISTRO ROBERTO BARROSO, por exemplo, está retratada com grande percuciência uma compreensão similar àquela que se vem de sustentar, sobre a especificidade do tratamento constitucional das prisões, e sua independência normativa em relação ao postulado da presunção de inocência:

14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

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

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

competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).

O MINISTRO ROBERTO BARROSO teve a diligência de declarar que seu voto não retratava apenas uma reversão pura e simples em favor de uma conclusão já abandonada pelo Plenário, tendo sido motivado pela valoração sobre os resultados práticos desencadeados pela jurisprudência de 2009 na vida forense e na própria sociedade, e que refletiu, como salientado por ele, uma verdadeira mutação de conteúdo constitucional.

Semelhante discernimento de consequências práticas se viu traduzido nos demais votos que compuseram a maioria, os quais apontaram para a necessidade de recalibrar com alguma ponderação o peso unilateral que tinha sido deferido aos direitos fundamentais dos acusados no precedente de 2009.

Acima de tudo, eles alertam para a imperiosidade de haver uma leitura mais unitária da realidade constitucional brasileira, em que idealizações sobre os direitos de liberdade não sacrifiquem (i) os próprios pressupostos da coesão social, resguardados por meio do direito penal, (ii) os direitos fundamentais das vítimas, dos demais integrantes do corpo social, e também (iii) o próprio ideal supremo de justiça concebido no preâmbulo da Constituição e pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma percepção mais holística do direito, aguçada por padrões de identidade estrutural do sistema jurídico brasileiro que haviam sido relativamente negligenciados por ímpetos hipergarantistas de concretização constitucional²⁶.

²⁶ "(...) o garantismo penal não pode (ou, ao menos, não deveria) ser compreendido de maneira parcial ou incompleta, com a adoção de um "garantismo hiperbólico monocular", em que se defende a qualquer custo a tutela exclusiva dos direitos individuais estabelecidos na Constituição em detrimento da proteção de direitos coletivos e deveres fundamentais, igualmente amparados pela ordem constitucional. Tal enfoque limitado de aplicação da teoria garantista rompe com a lógica do ordenamento e provoca uma desproteção sistêmica (FISCHER, 2013, p. 31) (...).

Desse modo, parte da doutrina tem defendido a necessidade de se ampliar o estudo da teoria garantista que vem sendo difundido no Brasil, o que tornaria mais coerente e racional a sua incidência, por meio do que se convencionou chamar de "garantismo penal integral". Douglas Fischer afirma se impõe o dever de visualizar os contornos integrais do sistema garantista se a Constituição prevê, explícita ou implicitamente, a necessidade

Não se trata de priorizar utilitarismos contra garantismos, mas de recuperar um sentido de coerência do texto constitucional. A teoria dos direitos fundamentais demanda uma interpretação sistêmica entre direitos como condição indispensável à garantia da própria convivência no Estado Democrático. Nesse sentido:

[As] decisões sobre tais direitos não podem se sustentar no êxito de determinado interesse de sujeitos individuais. Ao contrário, devem legitimar-se na aceitabilidade de uma pretensão de correção devidamente justificada e intersubjetivamente reconhecida para reger a convivência no Estado democrático de Direito. É assim que HABERMAS aponta que os direitos e liberdades fundamentais do ser humano cobram “validez legitimidade”, não podendo ser definidos a partir de “cálculos de utilidade” ou interesses ou de uma análise lógico-gramática. Enfim, uma eventual restrição de determinado direito fundamental não significa sua violação, senão a sua “inata” institucionalização²⁷ (tradução livre do espanhol).

Uma Constituição não é um monólogo, uma obra unilateral, de uma nota só, mas um modelo de institucionalizar equilíbrios.

Nas últimas décadas, com a consolidação da doutrina da efetividade²⁸, o direito constitucional brasileiro foi marcado por um engrandecimento normativo ímpar, gerado em grande parte pelo compromisso

*de proteção de bens jurídicos e a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados/processados (2013, p. 38)”. Suxberger, Antonio Henrique Graciano, and Marianne Gomes de Amaral. **A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório.** *Revista de Direito Brasileira* 16.7 (2017): p. 189.*

²⁷ RODRÍGUEZ-GARCIA, Nicolas; e ALMEIDA MENDONÇA, André Luiz de. **El principio de validez de la prueba em casos de corrupcion.** Editorial Tirant lo Blanch, 2019: Valencia Espanha, pp. 75/76.

²⁸ “A construção democrática do direito constitucional e das instituições políticas e jurídicas brasileiras remontam ao início da década de 80 do século passado. O primeiro desafio da nossa geração, naquele final de regime militar, era construir uma ordem constitucional efetiva, com uma Constituição que fosse para valer. Esse foi o tema do meu primeiro trabalho acadêmico relevante, no qual defendia que a própria Constituição de 1967-69 possuía dispositivos libertários e progressistas, e que era papel dos advogados e dos operadores jurídicos em geral cobrarem uma postura mais proativa do Poder Judiciário na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais nele previstos. Ali tinha início o movimento doutrinário que veio a ser conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Mais do que uma escola teórica, o constitucionalismo da efetividade representou uma mudança de mentalidade dos operadores jurídicos em geral em relação ao papel da Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.* 1ª reimpr. Belo Horizonte. Fórum, 2018, pp. 12/13.

do Poder Judiciário em maximizar a aplicação dos princípios do texto constitucional, sobretudo aqueles veiculadores de direitos e garantias fundamentais. Sem dúvida, experimentou-se um capítulo alvissareiro da crônica jurídica nacional, ainda em desdobramento. Mas algumas das interpretações produzidas nesse ensejo suscitaram contrapontos, com demandas por reflexões e reacomodações. É o que sucedeu com a interpretação aplicada ao princípio da presunção de inocência.

Assim, os julgamentos da ADPF nº 144²⁹, em 2008, e do HC nº 84.078, em 2009, representam episódios de concretização produzidos dentro de um contexto de otimização quase livre do alcance dessa garantia constitucional. Em ambos os casos, esse Supremo Tribunal Federal acolheu uma interpretação efusiva do princípio da presunção de inocência, alavancada pela metodologia interpretativa de máxima garantia.

No entanto, os desdobramentos advindos desses julgamentos despertaram novas reflexões. Demonstraram que tão importante quanto a definição de núcleos essenciais de sentido das cláusulas constitucionais é a demarcação dos conteúdos máximos por elas admitidos, inclusive quando tais cláusulas disponham sobre direitos de defesa.

O primeiro influxo nesse sentido teve origem popular. Trata-se do projeto de Lei Complementar nº 518/2009, aprovado na forma da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), fruto de ampla mobilização popular por um incremento de moralidade no processo eleitoral. A iniciativa, que chegou a contabilizar mais de dois milhões de assinaturas, gerou a previsão normativa de causas de inelegibilidade de candidatos que ostentassem condenações em segundo grau proferidas por um colegiado de juízes³⁰.

²⁹ ADPF 144, Relator: MINISTRO CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Julgamento em 06/08/2008, Publicado em 26/02/2010.

³⁰ Lei Complementar nº 64/1990, com redação dada pela LC nº 135/2010:

A legislação, embora tivesse sido questionada sob alegação de ofensa ao princípio da presunção de inocência, teve sua legitimidade secundada em julgamentos históricos promovidos por esse Supremo Tribunal Federal³¹.

“ Art. 1º São inelegíveis:

1 - para qualquer cargo:

(...)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (...)”

³¹ AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. (...) 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (*iushonorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munuspublico. 7. O exercício do *iushonorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. (...) 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*iushonorum*), mas também ao direito de voto (*iussuffragii*). Por essa razão, não há

Uma iniciativa posterior a respeito da presunção de inocência foi maturada espontaneamente por esta D. Suprema Corte. Ela resultou no restabelecimento da interpretação jurisprudencial que havia sido praticada pelo Tribunal por mais de 20 anos³², no período anterior a 2009. Ao reformular sua compreensão, esse Supremo Tribunal Federal ressaltou que o postulado da presunção de inocência possui uma força normativa dinâmica, que admite gradações de acordo com o momento do processo penal. Dentro dessa escala variável, os recursos de natureza extraordinária não produziram eficácia suspensiva sobre comandos judiciais condenatórios.

Cumprir referir, dada a sua manifesta capacidade expletiva, a seguinte passagem do voto-condutor do julgamento, da lavra do MINISTRO TEORI ZAVASCKI:

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 –

inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. (...). 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. **Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10**, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. MINISTRO GILMAR MENDES (repercussão geral). (ADC nº 29, Relator: MINISTRO LUIZ FUX, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 16/02/2012, Publicação em 29/06/2012, grifou-se)

³² Ver, exemplificativamente, HC nº 69667, Relator: MINISTRO MOREIRA ALVES, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 01/12/1992, Publicação em 26/02/1993; HC nº 69.901, Relator: MINISTRO FRANCISCO REZEK, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 08/03/1993, Publicação em 26/03/1993; Súmulas 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”; e 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”.

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 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.

A partir desse julgado, pacificou-se a ideia de que o julgamento de imputações penais em segunda instância encerra processualmente o contexto de dúvida razoável quanto aos fatos da narrativa criminosa.

Há, ainda, a possibilidade de impugnação das consequências jurídicas desses fatos, o que pode, sim, alterar inclusive conclusões sobre autoria e materialidade. Sem embargo, na linguagem processual que a Constituição

Brasileira afiançou ao prever o modelo de recorribilidade centrado nos seus artigos 102 e 105, isso já não constituirá dúvida razoável, mas uma hipótese de controvertibilidade residual sobre a interpretação do direito.

É essencialmente essa a compreensão que moldou a Súmula nº 122/TRF4, aqui atacada, segundo a qual “*Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário*”.

Nessa altura, como bem explicado pelo MINISTRO TEORI ZAVASCKI, o debate jurídico se desenvolve primariamente no interesse público de uniformização da aplicação do direito, e não mais da revisão pura do senso de justiça da condenação recorrida. Essa nova fase de impugnação, tal como a de revisão criminal —que, se preenchidos os pressupostos de cabimento, nunca chegará a precluir—, no tocante à possibilidade da prisão, processualmente já está fora da alçada protetiva da presunção de inocência.

Frise-se, essa realidade não significa que o acusado não tenha, mesmo durante essa etapa recursal extraordinária, a garantia de se insurgir ante ilegalidades ou arbitrariedades. Isto porque o direito brasileiro lhes garante o instituto do habeas corpus como remédio processual paralelo, franqueando-lhes o direito de protestar inclusive contra interpretações jurídicas que entendam ser abusivas ou arbitrárias. Isso só confirma como o processo penal praticado no Brasil trata os acusados com respeito e consideração, decência de tratamento que se mantém mesmo nos instantes mais avançados do sistema de justiça criminal.

Como ilustrado com grande riqueza de exemplos por diferentes Ministros, a atenuação da eficácia suspensiva dos recursos especial e extraordinário não compromete de forma alguma o direito de ampla defesa ou a presunção de não culpabilidade dos acusados. Muito ao contrário, a presença

massiva do remédio judicial do habeas corpus, desde muito generosamente incorporado à prática forense brasileira, frequentemente antecipa a oportunidade de controle de eventuais excessos condenatórios, sendo vezeira na jurisprudência nacional a cognoscibilidade inclusive de ofício dessa técnica.

Mais, uma vez, calha a remissão a um excerto de voto do MINISTRO TEORI ZAVASCKI, pronunciado, desta vez, no julgamento cautelar da ADC nº 43:

3. Superados esses pontos, passo à análise do mérito da controvérsia. O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus.

Embora a ação de habeas corpus não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas *per saltum*, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, “antecipada” pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa persona processual, formando verdadeiros “colegiados de garantias”, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária.

Foi à vista da ampla receptividade do sistema processual brasileiro à ação constitucional do habeas corpus e da restrita participação dos Tribunais Superiores na definição de aspectos da culpa que o Supremo Tribunal Federal veio a concluir que a presunção de inocência não impede irremediavelmente o cumprimento da pena. A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência –

juntamente com as demais garantias de defesa – devem viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social.

Dentro desse contexto, a título de exemplo, o volume de habeas corpus impetrados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal impressiona. De acordo com informações colhidas junto aos sítios dos respectivos tribunais, em 2017, o STJ recebeu o total de 327.129 processos, dos quais 47.415 correspondiam à classe de habeas corpus. O Tribunal logrou julgar 50.048 HC's nesse mesmo exercício. No STF as cifras também são colossais. Dos 100.187 processos recebidos na Suprema Corte em 2018, 13.815 eram habeas corpus. De seu estoque total, o Supremo julgou 17.304 processos dessa classe em 2018.

Não é demais dizer, portanto, que mais de 15% da produção judicante do STF e do STJ é pertinente a essa classe processual. Esses números de litigância são evidências clamorosas de que a observância da presunção de inocência, durante todo o curso dos processos criminais, é assegurada por uma supervisão vigilante, ativa e prolífica do STJ e do STF.

E mais, como demonstrado em artigo³³ produzido em conjunto pelos MINISTROS ROBERTO BARROSO, dessa Suprema Corte, e ROGÉRIO SCHIETTI, do Superior Tribunal de Justiça, somente de forma extremamente residual é que os recursos de natureza extraordinária tutelam o postulado constitucional. Nesse sentido, segundo dados organizados pela Coordenadoria

³³ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniao-e-fatos.shtml>>, acesso em 16 de janeiro de 2019.

de Informação do STJ, a taxa de absolvição, naquela instância, de réus condenados em 2º grau corresponde a ínfimos 0,62%³⁴.

III. 4 – A reconciliação da interpretação jurisprudencial com o senso de coerência constitucional

Os números dizem muito, mas a mensagem principal deve ser dignificada pela teoria constitucional. É preciso perquirir, com o auxílio crítico da reflexão doutrinária, qual função deve ser cumprida pelas garantias processuais criminais dentro da teoria constitucional.

Conforme salientado na doutrina de Ronald Dworkin, as garantias processuais cumprem a relevantíssima função de garantir que acusados sejam tratados como membros da comunidade jurídica a que pertencem, verdadeira condição de integração democrática³⁵. De modo mais específico, a presunção de inocência garante que o indivíduo seja continuamente respeitado como membro da sociedade (e não que ele não possa ser privado de sua liberdade antes de uma sentença condenatória final). Evita-se, assim, que sejam socialmente descartados apenas por suportarem a condição de responder a processo criminal.

Ilustrativa do respeito a essa condição é a significativa receptividade do STF e do STJ à figura do habeas corpus, admitido inclusive de

³⁴ Para consulta ao texto integral da pesquisa, ver <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-stj-prisao.pdf>>, acesso em 16 de janeiro de 2019.

³⁵ “But disabling provisions like these might well seem structural on the communal conception of democracy. Freedom of religion is plainly required by the principle of independence, for example. Criminal procedure is much more complicated, but some constraints on what the majority may do to a criminal suspect act to protect people’s membership in a community of responsibility as long as possible. The presumption of innocence, from which many of the familiar procedural constraints derive, is a presumption of continued membership.” Em tradução livre: “Mas provisões constitucionais limitadoras como essas podem parecer estruturais sob um conceito comunal de democracia. A liberdade de religião é claramente requerida pelo princípio da independência, por exemplo. O procedimento criminal já demanda uma interpretação mais complexa, mas algumas das reservas aos atos constritivos que a vontade da maioria pode exercer contra suspeitos atua para proteger o pertencimento em uma comunidade de responsabilidade pelo maior tempo possível. A presunção de inocência, da qual várias limitações processuais derivam, é uma presunção de pertencimento (contínua)”. Dworkin, Ronald. *Equality, democracy, and constitution: we the people in court*. *Alberta Law Review* 28.2 (1990): 343.

ofício. Portanto, o direito de defesa é uma realidade efetiva, ampla e eficaz no direito processual penal brasileiro. Em síntese, em nenhuma fase do processo, mesmo preso cautelarmente ou após condenação em segunda instância, o acusado perde a garantia de sua presunção de inocência.

Diferentemente, quando a garantia da presunção de inocência é estendida para impedir qualquer prisão não cautelar antes da conclusão dos processos nas instâncias extraordinárias, o que se percebe é uma grave afetação dos direitos fundamentais das vítimas das condutas criminosas.

Oportuno, aqui, o registro de obra redigida em coautoria com o professor NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCIA, catedrático da Universidade de Salamanca, que coordena, entre outros, o “Grupo de Estudos sobre a Corrupção”, a propósito do dever de tutela estatal dos direitos fundamentais da vítima:

Como apontado em capítulo anterior, os direitos fundamentais do acusado derivam do próprio princípio democrático. Sem embargo, o mesmo se passa com os direitos fundamentais da vítima. Isso porque, como também se sustentou anteriormente, os direitos fundamentais são concebidos desde a perspectiva do indivíduo compreendido em unidade comunitária ou em socialização. Daí que os direitos do acusado e da vítima devem interpretar-se reciprocamente. Isso demanda, além do reconhecimento dos direitos da vítima, que tais direitos devam ser reconhecidos intersubjetivamente a partir de uma relação de complementariedade. Assim, quando determinado cidadão é vítima de um crime contra sua vida, contra sua integridade física, sua origem racial, sua crença religiosa, sua liberdade de deslocamento, etc., seus direitos fundamentais foram violados e, por conseguinte, o Estado deve atuar para garantir e defender seus direitos violados, assim como para processar e sancionar os possíveis infratores dos direitos de seus pares.

Na verdade, ao se romper o respeito intersubjetivo entre os direitos individuais, as autonomias privada e pública se entrelaçam e se estendem ao dever estatal de postular a sanção e a execução do direito. Essa é a própria ideia de Estado de Direito, que deve atuar para

preservar a dignidade e os direitos fundamentais da vítima³⁶ (tradução livre do espanhol).

Ainda, conforme exemplificado com minúcia pelo MINISTRO ROBERTO BARROSO³⁷, a vigência da jurisprudência firmada em 2009 produziu exemplos dramáticos de vulnerabilização secundária das vítimas, gerados pela impossibilidade de execução antecipada da pena.

São dramas de uma sociedade desamparada da tutela estatal mínima. Revelam não um verdadeiro Estado de Direito, mas um Estado incapaz de assegurar condições de paz, segurança e convivência sadias. Revelam uma persecução penal impotente, que reserva àqueles que podem pagar pelas melhores defesas um processo convenientemente lento, ineficaz e leniente, cujo termo prescricional torna-se facilmente manipulável³⁸.

Aqui, cumpre fazer nova menção a pronunciamento do MINISTRO ROBERTO BARROSO, a propósito dos efeitos pejorativos que a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado traz para a igualdade diante da lei:

9. Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. (...)

³⁶ RODRÍGUEZ-GARCIA, Nicolas; e ALMEIDA MENDONÇA, André Luiz de. **El principio de validez de la prueba em casos de corrupcion**. Editorial Tirant lo Blanch, 2019: Valencia Espanha, pp. 78/79.

³⁷ O voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento da cautelar na ADC nº 43 apresenta uma pungente contextualização do tema, elencando experiências fatídicas de persecução penal, como as observadas nos casos Pimenta Neves, Luis Estevão, Edmundo e Pedro Talvane (fls. 10/11 do voto).

³⁸ Pertinente, no ponto, mais uma transcrição de trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, no HC nº 126.292, a propósito da possibilidade de manipulação do prazo prescricional pela defesa: “*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. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. (fls. 7/8 do voto no HC nº 126.292)

Sociedades livres e justas não são construídas apenas a partir dos suaves recados do entendimento, da solidariedade e do perdão. A própria Constituição Brasileira reconhece a imprescindibilidade da aplicação da censura privativa de liberdade a delitos graves, dentro de premissas de tempo satisfatórias. Caso contrário, não cogitaria de “crimes inafiançáveis”. A necessidade de o Estado Brasileiro prover uma efetiva justiça penal, quando presente a devida fundamentação judicial, é um bem jurídico de relevância paritária aos direitos e liberdades fundamentais.

Em verdade, são demandas cooriginárias, o que torna tão relevante sejam elas harmonizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Se trata da efetiva garantia e aplicação da justiça como maior valor constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito, na perspectiva da inibição da proteção deficiente, conforme invocado em passagens dos votos de diferentes Ministros dessa Suprema Corte³⁹. Sintetizando essa opinião, assim expressa a ementa produzida pelo MINISTRO ROBERTO BARROSO na ADC 43 MC/DF:

³⁹ Por todos, vale a referência à seguinte passagem da ementa produzida pelo Ministro Roberto Barroso: “1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal.” (grifou-se)

1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal. (grifou-se)

Em suma, de um lado, a Constituição Federal de 1988 repudia a atribuição de responsabilidade penal com abstração das garantias de defesa e protege o réu em processo penal de prisões arbitrárias. Sem embargo, de outro, a prisão antes do trânsito em julgado, quando já vencidas motivadamente as teses defensivas articuladas contra os fatos da imputação, está longe de ser uma detenção arbitrária.

Primeiro, porque ela somente é viabilizada após a consideração efetiva das razões de defesa, em espaço de apuração processual que permite refutação ampla de todo e qualquer elemento de fato e de direito que tenha sido apontado como indiciário da culpa. Superada a segunda instância de apreciação judiciária, somente a interpretação sobre o direito aplicável poderá sofrer alteração. Eventual interpretação jurídica arbitrária da imputação, porém, pode ser combatida processualmente por meio de habeas corpus, com toda a agilidade inerente ao instituto.

Segundo, porque o impedimento da prisão quando já alcançado um juízo condenatório duplamente confirmado pelo sistema judiciário destoa do padrão de presunção de inocência aplicável mundo afora. A exasperação do

princípio, até esse nível, transformou o processo penal brasileiro em um poço de indulgências seletivas difícil de ser justificado.

Terceiro, porque não há arbitrariedade na decretação da prisão de um acusado que já teve seu comportamento avaliado como merecedor da reprimenda penal por órgão judicial colegiado. Arbitrária é a eternização —para alguns, inclusive contra perspectivas de reforma constitucional— de um sistema incapaz de garantir alguma efetividade a ato condenatório já avalizado por múltiplas autoridades judiciárias⁴⁰, independentemente das singularidades do caso concreto e ainda quando o crime imputado tenha ofendido relevante bem jurídico ou gerado abalo social gravíssimo.

Nesse sentido, importa trazer à colação importante doutrina manifestada pelo MINISTRO EDSON FACHIN na ADC nº 43, conforme segue:

Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

No mesmo norte é a lúcida síntese constante do parecer da Procuradora-Geral da República na ADC nº 54:

Ou seja: o legislador ordinário, ao desempenhar a tarefa de definir o que vem a ser tratar alguém como culpado para fins de

⁴⁰ Conforme voto do Ministro Edson Fachin, na ADC nº 43: “Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias”.

incidência do princípio da presunção de inocência, não pode, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do réu, proteger em grau mínimo ou insuficiente os direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, mediante a imposição de restrições ao jus puniendi que levem à ineficácia da tutela penal. (fl. 31 da manifestação)

Diferentemente, portanto, do que apregoado em alguns espaços de debate doutrinário, a nova interpretação judicial do Supremo Tribunal Federal não desmonta a garantia da presunção de inocência, não mutila textos, nem degreda a função democrática dos direitos fundamentais no processo criminal. Ao contrário, esta interpretação repõe um senso de coerência normativo indispensável para evitar-se a perpetuação de um contexto de persecução penal impotente, vacilante, seletivo e injusto. Trata-se do meio disponível para a superação das traumáticas experiências de responsabilização penal sem desfecho, muitas das quais causadas pela fluência do prazo prescricional da pretensão executória durante a tramitação dos recursos de natureza extraordinária.

Radicalizar o postulado da presunção de inocência, na forma hipotetizada pelo artigo 283 do CPP, é deixar a descoberto a autoridade de um braço de atuação indispensável para um Estado que ainda busca democratizar a sua capacidade de intervenção⁴¹ na realidade social. É impedir que a justiça penal concilie as diferentes escalas de direitos fundamentais implicadas por um ato criminoso: a do acusado, a das vítimas e a da sociedade como um todo. Embora de ativação subsidiária, o direito penal, na sua forma de reprovação mais crítica (a pena privativa de liberdade), ainda é a única resposta concebível

⁴¹ “É importante destacar que essa proposição traz o Senado Federal para o centro dos debates constitucionais mais avançados sobre a tentativa de serem encontradas soluções razoáveis para a complexa equação que antagoniza a baixa concretização de direitos fundamentais numa sociedade marcada pela desigualdade, como ainda é a brasileira, a despeito dos enormes avanços obtidos nos últimos dez anos, a limitada capacidade de intervenção do Estado, e o protagonismo na definição de políticas públicas e na priorização da alocação de recursos orçamentários.” In Junior, Vieira, and Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** (2016), p. 34.

para desmobilizar os incentivos às práticas delituosas que frustram o principal fundamento da vida digna em sociedade: a tranquilidade do estado de paz.

Para tanto, é indispensável que o Supremo Tribunal Federal reafirme sua linha de precedentes iniciada em 2016. Seguindo esse entendimento, deve ser declarado que o inciso LVII do artigo 5º, da Constituição, não consente com interpretações legislativas que impeçam, em abstrato, a decretação de prisões após a certificação de sentenças condenatórias por órgãos judiciários de segunda instância.

Nessa direção, bastante apropriada a síntese lançada pelo MINISTRO LUIZ FUX sobre os conteúdos jurídicos aportáveis ao princípio da presunção de inocência, conforme segue:

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.

Seja por um imperativo de sistema, de concordância prática ou de proporcionalidade, fato é que a percepção exasperada do conteúdo da presunção

de inocência reclamava, desde 2009 até 2016, um profundo reajuste valorativo. A execução da pena para após a confirmação da condenação em segunda instância é uma demanda essencial do direito constitucional brasileiro por unidade. Uma demanda por um mínimo de espírito de comunidade, por um mínimo de efetividade e, enfim, por um mínimo de justiça.

IV – CONCLUSÃO

Por todas essas razões, o Advogado-Geral da União manifesta-se pelo não conhecimento da presente ação direta, e, no mérito, pela improcedência do pedido nela formulado.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada aos autos ora se requer.

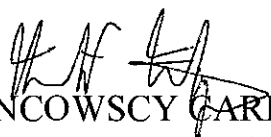
Brasília, 19 de março de 2019.



ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União



IZABEL VINCHÓN NOGUEIRA DE ANDRADE
Secretária-Geral da Contencioso



DANIEL PINCOWSCY CARDOSO M. DE A. ALVIM
Diretor do Departamento de Controle Concentrado

Ministério Público Federal
Advogado da União
Mat. SIAPE nº 1553678