

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

PARECER

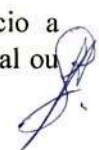
I

A CONSULTA E QUESTÃO DE ORDEM

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA – LULA - Consultante, por seus advogados CRISTIANO ZANIN MARTINS, VALESKA TEXEIRA ZANIN MARTINS, JOSÉ PAULO SEPÚVEDA PERTENCE e JOSÉ ROBERTO BATOCHIO, honrando-me com o pedido de um parecer jurídico, narra, em síntese, que foi processado e condenado no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”. Dessa condenação imposta pelo juízo de primeira instância foi interposto recurso de apelação para o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no dia 11.09.2017, recurso esse que foi julgado em 24.1.2018, decidindo manter a condenação, aumentando, ainda, a reprimenda anteriormente imposta para doze anos e um mês de reclusão.

Também foi decidido no supracitado julgamento que, depois de esgotada a jurisdição daquela Corte Regional, deveria o Juízo de origem ser oficiado para dar imediato início à execução da pena privativa de liberdade, independentemente de serem interpostos ou não recursos aos Tribunais Superiores. A ordem foi fundamentada a partir da invocação do conteúdo da Súmula 122 daquele Tribunal¹ e do quanto decidido pelo Supremo Tribunal

¹ *Súmula 122/TRF4*: “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”.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292,² na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44³ e no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, em regime de repercussão Geral.⁴

Considerando o iminente constrangimento indevido à liberdade de locomoção de LULA, foi impetrado *Habeas Corpus* preventivo em seu favor perante o Superior Tribunal de Justiça⁵, que, no entanto, foi denegado.

Frente a esta negativa, impetrou-se, em 02.02.2018, *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Argumentou-se precipuamente que o entendimento firmado pela Excelsa Corte no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP é incompatível com a garantia da presunção de inocência, insculpida no artigo 5º, LVII, do texto constitucional.

Invocou-se, ainda, que o referido precedente não se aplicaria ao caso concreto, vez que (a) a ordem de execução provisória da pena estaria despida de fundamentação idônea, pois se limitou a citar entendimento sumular do Tribunal Regional e a reproduzir os precedentes firmados pelo STF sobre a matéria; (b) teria havido violação ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*, visto que a determinação se deu *ex officio*, sem pleito anterior do Ministério Público Federal, e (c) a medida, ante as circunstâncias concretas da causa, seria desnecessária.

O processo foi autuado como *Habeas Corpus* nº 152.752 e distribuído ao eminente Ministro Edson Fachin, que, em 09.02.2018, indeferiu o pedido liminar, afirmando que pleito encontraria óbice na Súmula 691/STF.⁶ Afirmou-se que, em sede cautelar, não seria possível a superação da Súmula, por não se estar diante de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal ou de flagrante hipótese de constrangimento. Por fim, remeteu o processo para julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que existe “*relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após a condenação assentada em segundo grau de jurisdição*”.

2 STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016.

3 Medida Cautelar na ADC 43 e ADC 44, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 05.10.2016.

4 STF, ARE 964.246-RG/SP, Relator: Ministro Teori Zavascki, repercussão Geral reconhecida em 11.11.2016.

5 STJ, HC 434.766, Relator: Ministro Felix Fischer.

6 “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

A Consulta relata outras circunstâncias que, por ora, não é necessário transcrever aqui. Enfim, diante dessa controvérsia, enumera os quesitos que submete à minha consideração para que seja elaborado parecer; Tais são:

-1. QUAL A EXTENSÃO DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, CONTIDA NO ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO?

-2. A TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP, QUAL SEJA, "[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", É COMPATÍVEL COM O ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO?

-3. O TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO DETERMINOU, NOS AUTOS DA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, QUE O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA A LULA DEVERÁ OCORRER IMEDIATAMENTE APÓS O ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO DAQUELA CORTE, E NÃO A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO-CRIME. ESTA DETERMINAÇÃO É COMPATÍVEL COM O ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

-4. A ORDEM DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE LULA, TENDO SIDO DECRETADA DE OFÍCIO, LIMITANDO-SE A MENCIONAR ENTENDIMENTOS SUMULARES E PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, E SENDO A MESMA, ANTE OS ELEMENTOS CONCRETOS DA CAUSA, DESNECESSÁRIA, É COMPATÍVEL COM O ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

- 5. O CONTEXTO FÁTICO APRESENTADO NO HABEAS CORPUS Nº 152.752/PR - REVELANDO IMINENTE POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA DE LULA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SUA CONDENAÇÃO CRIMINAL - CONSTITUI HIPÓTESE DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF?



A resposta sintética a esses quesitos requer prévio estudo da presunção de inocência no constitucionalismo geral, sua doutrina no constitucionalismo brasileiro, a análise do conteúdo do inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988, sua extensão, eventuais limites, sua correlação com outras garantias e princípios constitucionais; a análise da jurisprudência que o tenha dado algum sentido para ver se sua formulação está compatível com aquele dispositivo constitucional, e temas correlatos que conduzam à melhor compreensão da questão. Antes, porém, de abordar essa temática, parece-me imprescindível abrir uma questão de ordem de natureza subjetiva.

1. Questão de ordem pessoal

1. Não é usual abrir-se questão de ordem pessoal em pareceres que o parecerista oferece a seus consultantes. Neste caso, contudo, isso se me impõe para afastar do âmbito deste parecer qualquer conotação política. Não sou eleitor do consultante⁷ nem de seu partido. O consultante aqui é, por assim dizer, um instrumento pelo qual exerço um dever impostergável, qual seja: a *defesa da Constituição* em face de um julgado de guardião, missão conferida pelo art. 102, caput da CF, no qual o “*precipualemente*” tem especial força normativa. Além de conferir ao Tribunal sua caracterização de Corte Constitucional, não admite desvios por quaisquer considerações de outra natureza que não seja a estrita obediência às sua dicção formal explícita. Nesse caso, seria possível mesmo afirmar que o guardião é um escravo da Constituição.

2. Acima afirmei que tenho “o dever impostergável” de defender a Constituição, e essa afirmativa decorre do fato de que trabalhei muito, me empenhei para além mesmo de minhas forças, para que ela fosse uma Constituição essencialmente voltada para a garantia da realização efetiva dos direitos humanos fundamentais, confiante em que os Tribunais, especialmente o Tribunal incumbido de sua guarda, soubessem interpretar a formulação

7 Para afastar qualquer questionamento, informo que votei em LULA uma vez apenas, porque o partido a que eu estava filiado (PSDB) decidiu, aliás com meu voto no diretório, apoiá-lo contra o candidato Fernando Collor de Mello. Não sou mais filiado a nenhum partido político.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

normativa desses direitos, segundo a concepção de que seu entendimento há de ser sempre expansivo e nunca restritivo.

3. Disse também que o consulente é o instrumento pelo qual posso exercer aquele dever. E o consulente, por seu lado, solicitou-me este parecer na busca de um meio de exercer o seu direito fundamental à “ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV). E isso lhe dá legitimidade para provocar um parecer em defesa de seus direitos e também em defesa da Constituição porque, embora esta defesa seja objetiva e de interesse geral, o resultado pretendido o beneficia. Se o parecer visa a defesa da Constituição, o consulente nada tem a pagar por ele (*parecer pro bono*). A defesa da Constituição não tem preço.

4. Tratando-se, pois, de uma questão constitucional de repercussão geral, significa que não é uma questão menor, de sorte que o Tribunal não se apequena revendo-a nos ditames da Constituição. De fato, a presunção de inocência integra o constitucionalismo, desde sua implantação no Séc. XVIII, como sistema de limite ao poder e, especificamente, como limite ao poder de imposição de penas do juiz. Como veremos, em seguida, originou-se das mesmas fontes políticas, sociológicas e filosóficas que fundamentaram a formação da jurisdição penal autônoma e independente, contemporânea, assim, do surgimento do direito penal garantístico.

I

O Acórdão do HC 126.292/SP

1. Improcedência de seus fundamentos

5. As decisões dos Tribunais são formadas pelo conjunto dos votos individuais de seus integrantes. Mas, uma vez, formada a decisão definitiva, em cada caso, as manifestações individuais se expressam no Acórdão, que é a expressão formal do julgado, adquirindo, assim, a unidade do julgamento. Então, a forma referencial não é mais a dos votos individuais, mas, metaforicamente, do Tribunal, referindo-se ao órgão emissor da decisão, ou o Julgado, mencionando-se o conteúdo da decisão, ou o Acórdão, referindo-se à sua expressão formal, como vou fazer daqui por diante.

6. A questão que nos ocupa neste parecer consiste na compreensão do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, que, consagrando o princípio presunção da não-culpabilidade, dito também princípio da presunção de inocência, estabelece:



“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Apesar dessa forma negativa universal “ninguém”, o Acórdão do HC 126.292/SP dispôs que “[a] execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Para tanto, o Acórdão lançou mão de fundamentos, teses, argumentos e fatores, equivocados e improcedentes, e para demonstrá-lo vou apreciá-los na ordem em que aparecem no julgado, com base no seguinte roteiro:

1. *O direito estrangeiro.*
2. *Busca de um necessário equilíbrio.*
3. *Apego à literalidade – a regra não tem caráter absoluto.*
4. *Estrutura dos recursos.*
5. *“Uma deformação eloquente”.*
6. *Cisão entre “culpa” e “condenação”.*
7. *“Ocorrência de mutação constitucional”.*
8. *“A presunção de inocência é princípio, não regra”.*
9. *Síntese conclusiva*

II.1. O direito estrangeiro

7. Logo de início, o Acórdão (fls. 9)⁸ recorre ao direito estrangeiro na busca de base para a teoria de que a presunção de inocência não impede a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Para tanto, lembra um trecho de voto da então Ministra Ellen Gracie segundo o qual “em país nenhum do mundo, a execução de uma condenação fica suspensa por recurso a instância superior”, e mostra-o citando a Inglaterra, os Estados Unidos, o Canadá, a Alemanha, que não têm norma constitucional garantindo o princípio da presunção de inocência. Por isso o voto menciona apenas regras do direito processual penal.

Depois: França, Espanha e Portugal, cujas constituições têm dispositivos prevendo o princípio da presunção de inocência, mas só a Constituição portuguesa tem dispositivo igual ao da nossa.

8 Advirto que a cópia do Acórdão HC 126.292/SP, obtida no portal do STF, não veio paginada. A paginação que utilizo aqui foi estabelecida por mim e pode não coincidir com outras.



8. Quero afirmar aqui, peremptoriamente, que não é razoável, nem justo, argumentar desse modo, trazendo à colação direito estrangeiro tão diferente do nosso. Não se comparam direitos ou instituições jurídicas diferentes, porque, “seja na micro ou na macrocomparação, a escolha do objeto a comparar há de fundamentar-se em critérios racionais, pois envolve a ideia da *comparabilidade*... [que é] um pressuposto básico da comparação jurídico-constitucional, porque sem ela não tem cabimento”.⁹ Não se comparam objetos incomparáveis.

9. Em suma, o dito da Ministra acolhido pelo Acórdão se responde que, *em país algum do mundo*, salvo Portugal, há uma regra constitucional protegendo o princípio da presunção de inocência como existe no Brasil. E, no caso de Portugal, o que fez o voto da Ministra seguido pelo Acórdão? Diz que “[o] Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo.” A leitura do art. 32, 2, da Constituição portuguesa mostra que isso não é assim, porque o dispositivo é plenamente aplicável e não remete a nenhuma legislação posterior. Quanto a dizer que o TC português interpreta o princípio com restrição, não é o que dizem Gomes Canotilho e Vital Moreira no comentário a esse dispositivo.¹⁰

II.2. Busca de um necessário equilíbrio

10. O Acórdão (fls. 6) chama o princípio da presunção de inocência de “verdadeiro postulado civilizatório” (cf. n. 5), mas o que faz é construir uma teoria para desconstituir e destruir esse “postulado civilizatório”, chegando para tanto até à inversão do sentido da norma consubstanciada no inc. LVII do art. 5º da Constituição, admitindo que *a sentença de primeiro grau supera a presunção de inocência por um juízo de culpabilidade* (item 5 do voto).

11. A premissa dessa teoria está na postulação da “busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça penal” (fls. 11). Então, recorre a uma velha jurisprudência a partir do julgado do HC 68.726, de relatoria do Min. Néri da Silveira, sem

⁹ Cf. José Afonso da Silva, *Um pouco de Direito Constitucional Comparado*, São Paulo, Malheiros, 2009, pp.39 e 40.

¹⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 203, n. IV.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

levar em conta que todos ficaram superados com a decisão do HC 84.078, de relatoria do Min. Eros Grau.

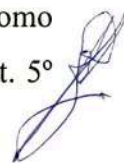
Opondo-se a esse julgado o Acórdão constrói uma teoria para destruí-lo e, pois, na medida em que ele aplica rigorosamente o disposto no inc. LVII do art. 5º da Constituição com arrimo, além do mais, no postulado da *dignidade da pessoa humana*, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição, o mesmo é, portanto, destruir esses princípios e valores dos direitos fundamentais insculpido na nossa Lei Maior.

12. O Acórdão apegase a um argumento recorrente, qual seja o de que “com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”. Que seja, mas o inc. LVII do art. 5º da Constituição deu outro rumo, exigindo que, apesar disso, não haja precluído o direito de recorrer, e enquanto essas vias não se esgotarem pelo trânsito em julgado não se pode executar a pena. Há uma norma constitucional que exige respeito, sob pena de inconstitucionalidade, que o guardião da Constituição não pode cometer! É preciso que se reconheça que a Constituição estabeleceu um limite expresso para o princípio da presunção de inocência que é o *trânsito em julgado da sentença condenatória*. Isso supera qualquer argumento fundado no efeito não suspensivo dos recursos cabíveis. Supera também os argumentos das Súmulas 716 e 717 sobre a progressão da pena, que, além de ser outro tema, não se impõem à norma do inc. LVII do art. 5º da CF.

13. Fora disso, com a devida vênia, não vale nada argumentos referentes a jurisdição penal que deve atender valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça penal.

II.3. Apego à literalidade – a regra não tem caráter absoluto

14. O Acórdão, em algum momento (fls. 15), traz à colação manifestação do Juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, Robert Jackson: “Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra”. Por isso mesmo, como guardião da Constituição, essa última palavra não pode ser contra ela, porque isso significa exatamente desconstituir a função do guardião. E porque também contradiz outra passagem do Acórdão: “Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem constitucional” (fls. 16). Mas como tutelar “ordem constitucional” desrespeitando norma expressa como a do inc. LVII do art. 5º



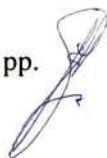
da Constituição? Será interpretar com “apego à literalidade” aplicar o dispositivo, eliminando de sua expressão formal, um dos institutos mais respeitáveis do direito processual que está na base mesma do alcance do princípio da inocência, qual seja a cláusula “até o trânsito em julgado”?

15. Diz o Acórdão que “não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto”. Mas ela é de caráter absoluto, sim, no sentido de que existe *não conforme os cria ou regula a lei*, mas a despeito das leis que pretendam modificar ou conceituar, conforme diz Pontes de Miranda. Portanto, a regra do inc. LVII do art. 5º é, sim, *absoluta*, no sentido de que vale por si, não conforme a lei.¹¹ Ou, por outra, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não admite lei modificativa, nem mesmo pode ser alterado pelo poder constituinte derivado, nem, pois, com maior razão, por interpretação judicial ou pretensa mutação constitucional.

16. Está certo o Acórdão (fls. 16) quando diz que “é indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade [...] em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo”. Mas quais essas “outras normas”, as que intrínseca e ontologicamente estão fora do contexto daquela, como o da duração do processo, o da soberania dos vereditos, o “arcabouço recursal”, o entendimento (não norma) de que a “estrutura recursal” prevista nos artigos 102 e 105, não é para revisar “injustiça do caso concreto”?

Não, com certeza não. Os princípios e normas com que se harmoniza o princípio da presunção de inocência, são, em primeiro lugar, os do § 1º do art. 5º, segundo o qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; depois, as garantias penais do *nulla poena sine culpa*, “não há pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX: importante, porque a execução provisória ou adiantamento da pena, no caso, é aplicar verdadeira pena sem cominação legal), “não há crime sem lei anterior que o defina” (art. 5º, XXXIX), o princípio do devido processo legal (inc. LIV), o “direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes” (inc. LV: aí está, a presunção de inocência é um desses meios e recursos a ela inerentes, entrando aí “recurso”, no sentido mais amplo, incluindo o recurso extraordinário e o especial, em liberdade).

11 Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, pp. 618- 619.



II.4. “Estrutura recursal”

17. É recorrente (p. ex., fls. 12-14, 15-19), no Acórdão, o apelo a fatores circunstanciais, como o sistema de recurso,¹² o “arcabouço recursal”, “a duração do processo” para sustentar a conveniência de execução provisória da pena, dizendo: “o princípio da presunção – a ponto de negar a executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, indevida e sucessiva interposição de recursos”. Se o Acórdão, nesse passo, tem razão quanto aos fatos, não a tem quanto às suas causas. Com todas as vênias dos prolores do Acórdão, a afirmativa não é correta. Para comprová-lo, basta lembrar que o fenômeno ocorre igualmente no processo civil, no qual a executividade provisória das sentenças condenatórias é ampla, e nem por isso tolheu o fenômeno. Mas concedamos que o julgado tenha razão, o defeito não se corrige suprimindo direitos fundamentais da pessoa humana, mas pela reformulação do sistema de recursos.

18. Lamentavelmente nenhum dos Ministros que votaram contra a inteireza do princípio da presunção de inocência apresentou qualquer sugestão no sentido de modificar o sistema de recursos e no sentido de buscar meios de acelerar os julgamentos criminais, muitas vezes deixando os réus mofando nas enxovias. Sem providenciar meios de sanar o mal pela raiz, quer fazê-lo pela rama, tolhendo direitos fundamentais.

19. Nem uma palavra sobre a necessidade de uma profunda reforma do judiciário, que favoreça a celeridade processual, como, por exemplo, uma possível criação de um Superior Tribunal Administrativo, para decidir, em definitivo, como poder judiciário não como contencioso administrativo, as causas administrativas de interesse do Poder Público, ainda que admitido recurso extraordinário em função do controle de constitucionalidade. Uma reforma que descentralize a justiça estadual, justiça de mérito, criando Tribunal de Apelação ou que nome tenha, nas regiões administrativas dos Estados, enquanto os Tribunais de Justiça ficassem como tribunal de coordenação e harmonização etc. Não o faz porque isso significaria reduzir poderes de certos órgãos judiciais, inclusive do STF.

12 Sistema lembra uma passagem de Blackstone, transcrito por Vanderbilt na tradução espanhola: “Nuestro sistema de apelaciones se asemeja a um antiguo Castillo gótico, erigido em tempos de la caballería, pero adecuado a lo habitantes modernos. Sus bastiones rodeados de fosos, las torres almejandas y los salones adornados con trofeos son venerales y magníficos, pero inútiles...” (Cf. *La Justicia Emplazada a Reformarse*, Buenos Aires Depalma, 1959, p. 41, trad. de Carlos Alberto Benites y Javier Claveli Borrás da obra *The Challenge to the Law Reform*, New Jersey, Princeton University Press, 1955.



II.5. “Uma deformação eloquente”

20. A certa altura, o Acórdão (fls. 46) afirma que a norma que consubstancia a não culpabilidade “é uma deformação eloquente” do constituinte. Como constitucionalista fico muito pesaroso senão triste ao ler isso num julgado do STF a respeito de uma norma que alberga um direito fundamental. E é estranho porque, em seguida, ele diz uma coisa certa: “A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada” (fls. 46); é certo, mas segundo o inc. LVII do art. 5º da Constituição, uma pessoa só é considerada culpada depois que a sentença condenatória transita em julgado. No entanto, afrontando a literalidade e o espírito do dispositivo, diz o Acórdão que há não necessidade do trânsito em julgado; para tanto, se apoia no dispositivo pertinente da Declaração Universal dos Direitos Humanos; ora, o dispositivo da Declaração é uma norma aberta porque vale para todos os Estados subscritores que, respeitando seu conteúdo essencial, a preenche com as particularidades do seu direito constitucional. Foi o que fez a Constituição brasileira, exigindo o *trânsito em julgado*.

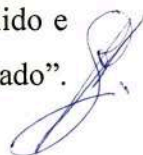
21. Pode-se criticar o texto, pode-se condená-lo, mas um texto de uma Constituição rígida tem que ser respeitado, principalmente pela instituição incumbida de guardá-lo e garantir sua eficácia e aplicabilidade na sua inteireza.

22. O fundamento pragmático do julgado é de que o que está previsto “efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência”. Com a devida vênia, não sei como se aferiu essa expectativa, parece que sequer se fez alguma pesquisa de opinião a respeito, mas, seja como for, é preciso dizer enfaticamente que a “expectativa da sociedade brasileira” foi traduzida nas normas da Constituição de 1988, e ela, fora daí, qualquer que seja, por mais legítima que seja, não é norma supra constitucional para derogar prescrições da Constituição.

23. Todo o argumento que se desenvolve sobre o trânsito em julgado e a natureza dos recursos dirigidos ao STF e ao STJ, e sobre a imutabilidade da matéria de fato, é muito ponderável, mas tudo isso se subordina a uma norma dotada de supremacia que tem que ser acatada.

II.6. Cisão entre “culpa” e “condenação”

24. O Acórdão (fls. 48-49) “interpreta a Constituição o sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado”.



Com essa diferença diz-se à frente: “Então, as consequências eventuais com trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento da pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais”; diga-se, em documentos internacionais que não envolvem, na consideração da norma, a exigência do trânsito em julgado. Essa exigência da Constituição é que faz a diferença.

25. Não nego que a cisão proposta é uma novidade que nos leva a refletir, reflexão não de direito constitucional, mas, como se trata de culpabilidade, condenação e pena, uma reflexão de direito penal sobre a teoria do crime como ação típica, antijurídica e culpável, que são os elementos da estrutura conceitual do crime. Então, quando a afirmativa em apreço faz uma cisão entre culpabilidade e condenação, é necessário recorrer a esses elementos para verificar se isso é possível. Para os fins deste parecer, posso deixar de lado a tipicidade e a antijuridicidade, para me ater apenas na culpabilidade que é o conceito que está em jogo na análise do inc. LVII do art. 5º da CF. A culpabilidade é, assim, um elemento da estrutura conceitual do crime, é uma situação anterior, fase subjetiva, que se forma com a imputabilidade, a culpabilidade e responsabilidade penal.¹³ Sem culpabilidade não há crime e, pois, nem condenação legítima. Logo, a culpabilidade é pressuposto da condenação. E assim esta está intrinsecamente dependente daquela. Se não existe a culpabilidade, conseqüentemente não pode existir a condenação e, menos ainda, a aplicação de pena. A prisão é uma pena, que, portanto, não pode existir enquanto não for apurada a culpabilidade. Então, se o inc. LVII do art. 5º diz que não será considerado culpado quem estiver na situação nele prevista, ou seja, “até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, não se vê como para fins penais, pelo menos, falar em condenação para os fins de aplicação da pena, provisória ou definitivamente. Se a condenação vale para as consequências na esfera do Direito Civil, como quer o Acórdão na passagem, em análise, não me cabe verificar nesta sede.

Em mais de um momento o Acórdão recorda o caso do *Habeas Corpus* 84.078 que estabeleceu a orientação no sentido da necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença. Na verdade, ali se aplicou a norma constitucional da presunção de inocência tal qual nela se contém. Ali na verdade se disse muito mais do que isso, afirmou-se peremptoriamente que *a antecipação da execução penal, ademais de*

13 Cf. Anibal Bruno, *Direito Penal*, vol. I, tomo 2º, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 23s.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. Por isso, vale a pena apresentar aqui pelo menos a Ementa desse julgado, quando nada, para conhecimento geral, ei-la:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator -- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida”.

26. Lembrou-se do voto do Ministro Cezar Peluso, que ressaltava “a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presente os requisitos de prisão preventiva”. Não obstante isso, o

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Ministro Peluso votou com o relator que concedia a ordem contra a prisão. Veja-se que ali já se apontava uma das razões da mudança posterior a questão dos recursos etc.: *A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais.* Mas, em resposta a isso, ali também firmou uma condicionante: *A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.*

27. Note-se também que, naquela oportunidade, cinco dos atuais ministros do STF estavam presentes, e quatro deles votaram contra a prisão antes do trânsito em julgado: os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski e também o então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes.

II.7. "Ocorrência de mutação constitucional"

28. O Acórdão, além de fatores circunstâncias, estranhos à norma de previsão da presunção de não-culpabilidade, tais como expansão de recursos, protelação da causa, expectativas da sociedade, também se esteia em alguns conceitos extraídos basicamente de Konrad Hesse e de Robert Alexy com a pretensão de mostrar a legitimidade da prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

29. O Acórdão (fls. 23s) constrói uma mutação constitucional muito a propósito do fim visado, fundamentando-se em Konrad Hesse. Parte de um conceito correto de mutação constitucional como mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição. Até aí nada obsta. Mas já não é aceitável a elasticidade com que aplica a mutação constitucional "por via da interpretação", que "consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente". *Na verdade, isso não é mutação constitucional, mas mudança da interpretação da norma.* E prossegue: "Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada". *Aqui também: pura interpretação, não mutação.* "No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente." *Sente-se que o Acórdão vai adequando sua doutrina da mutação às oscilações do Supremo sobre a presunção de inocência.* "A mutação constitucional em razão de nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo".



30. Aí o Acórdão passa aplicar a teoria à realidade. “Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminhando-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira orientação”.

Neste contexto, invoca-se a lição de Konrad Hesse, mas este não sufraga a doutrina do Acórdão. Ao contrário, como interpretação, ele se pronuncia em sentido contrário, até acolhe a parêmia de que onde não existe dúvida, não se interpreta. Depois disso, ele diz que “a interpretação está vinculada a algo estabelecido”: a *Constituição escrita*, portanto, o texto expresso, que é o limite insuperável da interpretação constitucional, que “exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação”.¹⁴

31. Em suma, interpretação, como tal, não pode mudar a Constituição. O Acórdão sabe disso, por isso lançou mão da doutrina da mutação constitucional, que também não o pode.

“A doutrina contemporânea das mutações constitucionais aceita-as com as limitações indispensáveis para sua conformação com a ordem Constitucional”.¹⁵ Uso aqui e em seguida textos meus e referências neles citadas, para mostrar que não estou construindo teoria para o caso concreto, adrede para este parecer. Conclui o trabalho citado com Konrad Hesse:

“Se as modificação da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto forma parte do âmbito normativo, se o ‘programa normativo’ resulta a esse respeito determinante e se para este último resultado fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá ser modificada no interior do marco traçado pelo texto”. E logo, conclui: “Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, terminam as possibilidades da interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional”.¹⁶

14 Cf. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabre, 1995, p. 69, trad. Luís Afonso Heck

15 Cf. José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 297.

16 Cf. Konrad Hesse, em *Estudios de Derecho Constitucional*, cit., pp. 101 e 102. E José Afonso da Silva, ob. cit., p. 298.



II.8. “A presunção de inocência é princípio, não regra”!

32. Argumenta-se no Acórdão (fls. 29s) que a presunção de inocência é um princípio e, por isso, está sujeito a ponderação “com outros bens jurídicos constitucionais”. Nessa extensão existe ponderação, com a devida vênia.

33. Ponderação, segundo Ana Paula de Barcellos, é “*a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções de políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*”.¹⁷ Embora eu tenha divergências, vou ficar no campo da doutrina de Robert Alexy, que é o campo do Acórdão, para mostrar que não está correta a posição por ele adotada nessa perspectiva. O Acórdão precisou criar essa esfera de conflito, para empregar sua tese da ponderação entre princípio e bens jurídicos, porque ele quer criar a possibilidade de ponderação entre o princípio da presunção de inocência e certos interesses, como a “efetividade da lei penal”, “bens jurídicos” (vida, dignidade humana, integridade físicas e moral, direito à segurança, direito à propriedade, a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico). Tudo isso é do Acórdão. E logo, diz: “Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada”, mas não realizou. Se realizasse concluiria que o princípio da presunção de inocência tem maior peso, maior densidade axiológica.

34. Prova isso a seguinte construção do Acórdão: “Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e *não uma regra*”. Alexy diz que ou são regras, ou princípios; podem ser ambas as coisas em casos específicos, quando por exemplo uma regra tem um cláusula de exceção que tenha a estrutura de princípio; mas não é o caso aqui. Mas é sempre regra.

E, mais, não realizou a ponderação porque a norma contida no Art. 5º, LVII, não é um princípio, *mas uma regra*. E, *como regra*, é uma norma que é sempre ou satisfeita ou não satisfeita. Se ela vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Isso é Alexy.¹⁸ É por isso que o Acórdão adotou Alexy às meias, refugando a parte que poderia sustentar o caráter de regra do Art. 5º, LVII, para que, dessa forma, pudesse admitir a prisão do acusado antes do trânsito da sentença condenatória. Considerar essa norma como um princípio simplesmente a anula, nada sobra dela. Não é possível otimizar algo que é binário: ou a presunção vale até o trânsito em julgado, ou não vale. Não há meio termo possível. E a

17 Cf. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 23. Itálico da autora.

18 Idem ibidem, pp. 90 e 91.

existência de meio termo possível é imprescindível para considerar algo como princípio, porque princípios caracterizam-se justamente pela possibilidade de realização em diferentes medidas. É grave empregar uma doutrina *pro domus sua*, para obter um resultado contra norma expressa da Constituição.

II.9. Síntese conclusiva desta parte

35. Em suma, pelo visto, o Acórdão tem várias linhas de argumentos violadoras da presunção de inocência. A primeira persiste no argumento favorável à execução provisória da pena, mesmo depois da revogação de alguns dispositivos de lei ordinária que poderia justificá-la (inc. I do art. 393, art. 594, I, e inc. I do art. 559 do CPP). A “execução provisória carece, pois, de fundamento legal, tanto em nível ordinário quanto em nível constitucional. Isso porque, após a edição da Lei 7.210/84 (atual Lei de Execução Penal), está vedada qualquer forma de execução provisória da penas, uma vez que, no art. 105 dessa legislação, estabeleceu-se que a pena privativa da liberdade somente será aplicada ‘transitada em julgado a sentença’.”¹⁹

36. Outra linha de argumento apoia-se na demora do julgamento dos recursos, o que leva à impunidade em alguns casos, p. ex., pela ocorrência da prescrição. Se isso é inegável, o certo é que a ineficiência do sistema não é culpa do cidadão recorrente, e, assim, os ônus não podem ser a ele imputados.²⁰ Demais, os recursos integram os meios de exercício da ampla defesa e o recorrente que usa do seu direito não pode ser punido por isso. Reforme-se os sistema de recursos.

Ainda outra baseada no argumento de que a prisão provisória é necessária, depois do julgamento de segunda instância, para evitar a fuga do acusado. Esse argumento contradiz tudo que o ocorreu no processo: o imputado compareceu a todos os atos, esteve presente, pois, no decorrer de todo o processo, não fugiu, por que fugiria agora que ainda tem dois recursos a intepor?

37. Outro argumento defende a prisão provisória decorrente da condenação na segunda instância, ainda recorrível, sob a alegação de que, “ao atingir essa decisão, já se possui alto grau de probabilidade quanto à materialidade e autoria da infração, advindo do exame judicial

¹⁹ Cf. Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 450.

²⁰ Idem ibidem, p 453.

sobre todo o material probatório”. Sobre isso tem razão Maurício Zanoide de Moraes, que diz que os defensores desse argumento, embora não de modo expresso, “pugna por uma visão gradualista desse didreito fundamental, como se no decorrer da instrução, ele progressivamente perdesse eficácia na medida em que o processo caminha para a decisão final”. De fato, como ele acrescenta, isso não deixa de ser um regresso ao ranço técnico-positivista da “presunção da culpa”, que repristina o pensamento fascista que rejeita expressamente a presunção de inocência.²¹ E de fato, como observei o Acórdão, nesse particular, converte a presunção de inocência em presunção de culpa.

III

Afirmação positivada presunção de inocência

1. Introdução

38. Daqui por diante examinarei o princípio da presunção de inocência na sua estrutura, sua natureza, seu conteúdo, seus limites e alcance, porque dele não se pode haver execuções provisória da pena.

Antes, porém, assinalarei sua presença no direito estrangeiro para mostrar que, salvo a Constituição portuguesa, nada tem a ver com o nosso sistema de proteção à presunção de inocência. Igualmente assinalarei sua presença no constitucionalismo brasileiro e a compreensão que dele tem feito a doutrina pátria.

1. A garantia da presunção de inocência no constitucionalismo geral

39. A garantia da presunção de inocência integra o constitucionalismo geral desde as primeiras declarações dos direitos fundamentais, mas não me ocuparei do exame dela no direito estrangeiro, pois que as constituições usualmente citadas, Estados Unidos, França, Alemanha, Espanha etc. ou não têm artigo sobre a questão ou, quando têm, não falam em trânsito em julgado.

40. Só o art. 32, 2, da Constituição Portuguesa, é semelhante ao de nossa Constituição, ao dispor: *tudo arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação*. É, como se vê, um dispositivo constitucional português muito parecido com o nosso art. 5º, LVII, com a diferença formal de que o nosso se refere à não-culpabilidade, enquanto este expressamente menciona a presunção de inocência, que dá na mesma. Por isso

²¹ Idem ibidem, p, 454-455.



as lições que Gomes Canotilho e Vital Moreira nos dão, ao comentá-lo, valem muito para a boa compreensão do princípio.

“O princípio da presunção de inocência surge articulado com o tradicional princípio *in dubio pro reo*. Além de ser uma garantia subjetiva, o princípio é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os fatos decisivos para a solução da causa”.²²

41. A presunção de inocência é também garantida pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, art. XI, 1:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido prova da acordo com a lei”.

Pois bem, no Brasil, a culpabilidade somente se considera provada, de acordo com a lei constitucional, com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Portanto é contrário à Constituição e à Declaração Universal dos Direitos Humanos a prisão antes do trânsito em julgado, porque isso inverte o ditame constitucional, o sentido da norma, convertendo, antes do pressuposto trânsito em julgado, a presunção de não culpabilidade em presunção de culpabilidade. Aliás, há mesmo uma passagem no julgado do Supremo que diz expressamente que a condenação pelo juiz de primeiro grau converte a presunção de inocência em presunção de culpabilidade! Assim, se reescreve, invertendo, uma norma constitucional (art.5º, LVII) que sequer pode ser modificada pelo processo de emenda constitucional (art. 60, §4º, IV).

24. A presunção de inocência no constitucionalismo brasileiro

42. Hoje, como tenho dito, presunção de inocência é expressamente estabelecida no art. 5º, LVII, da Constituição. Seu conteúdo e alcance têm sido vistos desde o início do parecer. Pinto Ferreira o comenta muito sinteticamente, mas expressa uma opinião importante no sentido de que “é o coroamento do devido processo legal no domínio do processo penal”.²³

43. Cretella Júnior liga-o a princípio *Nulla poena sine culpa*, acrescentando que em nenhum caso haverá presunção de culpa, o que, em suma, quer dizer que a culpabilidade tem que ser devidamente definida, e isso segundo a Constituição só se dá com o trânsito em

22 Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 203, n. IV, comentário ao art. 32.

23 Cf. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 182.

julgado da sentença condenatório, o que, por sua vez, significa que a determinação de prisão do imputado antes da verificação desse pressuposto infringe a norma constitucional.²⁴

44. Manoel Gonçalves Ferreira Filho também faz um comentário sintético, mas expressivo:

“Inocência presumida. Explicita a Constituição um princípio fundamental do direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das consequências que a lei somente atribui como sanção punitiva”.²⁵

A expressividade desse texto para o caso deste parecer está no fato de que dele se extrai também que o princípio impede a pretendida execução provisória da sentença penal não transitada em julgado.

45. Celso Bastos dá lições importantes sobre o tema. Aqui só queremos destacar o primeiro parágrafo de seus comentários, porque vincula a presunção de inocência ao Estado de Direito e à democracia:

“A presunção de inocência é uma constante no Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração da sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário”.²⁶ E, no sistema brasileiro, a prova em contrário é o trânsito em julgado da sentença condenatória, temos que repetir sempre isso.

46. Alexandre de Moraes nos dá ensinamentos importantes sobre o tema, quando diz que a presunção de inocência é “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”. Dessa forma, afirma em seguida, “há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.

²⁴ Cf. *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, FU, 1988, p. 436.

²⁵ Cf. *Comentários à Constituição de 1988*, 3ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 68.

²⁶ Cf. “Comentário ao inc. LVII do art. 5º da Constituição”, em Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 277.



“O princípio a presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentada pela acusação (contraditório)”.²⁷

3. Natureza da presunção de inocência

47. Temos vistos ao longo destas páginas que a presunção de inocência é qualificada ora como direito, ora como garantia, ora princípio. Trata-se de definir sua natureza jurídica, o que não é difícil.

48. Podemos afirmar que é uma *garantia* de direito; qual o direito que ela garante? A resposta é: *o direito de liberdade pessoal, liberdade de ir e vir*, porque impede a prisão do acusado, enquanto perdure. Mas é também um *direito* na medida em que toda garantia se inclui entre os direitos fundamentais. E é *princípio* porque tem densidade valorativa elevada que é fundamento de algo, que confere validade, porque é fundamento do direito processual penal.²⁸ Princípio, pois, por ser mandamento nuclear de um sistema (Celso Antônio Bandeira de Mello), aqui do sistema de persecução penal, não por ser mandamento de otimização, como algo que pode ser realizado em medidas diversas diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

4. Fundamento do princípio da presunção de inocência

49. Seu fundamento constitucional é o já muitas vezes citado inc. LVII do art. 5º da Constituição de 1988, quando estatui que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Mas esse é o fundamento jurídico, o fundamento do direito posto. Mas qual o fundamento que justifica que o direito constitucional acolha o princípio como direito fundamental?

50. Trata-se do fundamento *ético* que repousa “na convicção ética de que a condenação de um inocente é pior do que a absolvição de um culpado”, ao contrário do que vem acontecendo entre nós, e é essa convicção ética que converte a presunção de inocência em

27 Cf. *Constituição do Brasil Interpretada*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 385.

28 Cf. José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 604s.



direito fundamental constitucionalmente protegido.²⁹ Isso, por um lado, impõe a concepção de um direito penal garantístico, repugnante do direito penal de guerra.

5. Função e conteúdo do princípio da presunção de inocência

51. A norma que consubstancia a presunção de inocência é muito simples, não há mal em repeti-la, embora todos a saibam de cor:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” (CF, art. 5º, LVII).

52. Recorra-se a magistério de Alexandre de Moraes, além da transcrição já feita, que se tem a síntese do relevante significado do princípio, de seu conteúdo, de sua função, *in verbis*:

“O direito de ser presumido inocente, consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, possui quatro básicas funções:

- limitação à atividade legislativa;
- critério condicionador das interpretações das normas vigentes;
- critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente);
- obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador”.

“Dessa forma, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo a prova”.³⁰

53. Dessas funções interessa mais a este parecer o segundo: “critério condicionador das interpretações das normas vigentes”, porque o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 126.292, deu ao inc. LVII do art. 5º da Constituição, uma interpretação incompatível com sua natureza de princípio de direito fundamental.

6. Execução provisória da sentença condenatória.

54. Disse acima que, se o Supremo não contesta expressamente a previsão de trânsito em julgado como limite da presunção de inocência, o faz indiretamente quando admite a prisão do acusado após a condenação de segunda instância. Fere o princípio da presunção de inocência

29 Cf. Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 518.

30 Cf. ob. cit., p. 385.



admitir a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, porque isso significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado. Então, é uma posição que fere a vedação constante do inc. LVII do art. 5º da Constituição. Do contrário seria admitir mudança de um dispositivo que integra as cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, IV), por via de interpretação judicial. Como disse o Ministro Ricardo Lewandowski:

“mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência.

“Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas”.³¹

55. São, pois, inequivocamente contrárias ao inc. LVII do art. 5º da Constituição decisões que consideram legais “mandado de prisão que o órgão julgador de 2º grau determina se expeça contra o réu”, em execução provisória da sentença condenatória, pois aquele dispositivo constitucional tornou inaplicável, na hipótese, o art. 637 do Código de Processo Penal que autorizava esse tipo de execução e seria de esperar que o guardião da Constituição o reconhecesse e não que lhe desse força de norma exequível, nem a ele nem a qualquer outra lei que disponha no mesmo sentido.

56. É certo que, em geral, a lei prevê a possibilidade de cumprimento de sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo como são os recursos extraordinário e especial, respectivamente, para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 520, e CPP, art. 637). É a isso que se chama *execução provisória da sentença*.

57. Mas isso não vale nos casos em que exista norma que se oponha ao procedimento, expressa ou implicitamente, ou nos casos em que o restabelecimento ao *status quo ante* é impossível. Pois, a execução provisória de condenação criminal está vedada pelas duas situações, por força do inc. LVII do art. 5º da Constituição, e porque é impossível o restabelecimento do estado anterior, se o recurso for provido. Embora dito para o processo civil, vale para o processo penal a seguinte passagem de Luiz Fux:

“A ‘execução provisória’ admite tão-somente adiantamento de atos executivos, vedado o alcance dos atos de satisfação irreversível que caracteriza a execução definitiva”.³²

31 Cf. “Presunção de inocência”, *Tendências/Debates*, em *Opinião, Folha de S. Paulo*, 9.2.2018, p. A3.



Quem pode negar que a execução provisória da sentença condenatória nos casos em que se vem defendendo, tenha efeito de execução satisfativa irreversível no quanto executado, porque não volta ao estado anterior. Dir-se-á que o acusado fica com o direito à indenização, mas isso, se é satisfação financeira, não é reversão ao *status quo ante*. Se no cível, na lição do Eminent Professor, é vedado o alcance de atos de satisfação irreversível, a vedação é mais ainda uma imposição ética no processo penal, mormente quando o acusado é protegido pelo direito fundamental à presunção de inocência.

7. A grandeza de um Tribunal

58. A grandeza de um Tribunal não se perde quando, no cumprimento de sua missão constitucional, presta a sua jurisdição sem temor e sem concessão e não se sente apequenado pelo fato de rever sua posição em favor dos direitos fundamentais, a favor de quem quer que seja que lhe bata às portas. Um Tribunal só se diminui e perde credibilidade quando decide contra ela, qualquer que seja a motivação.

59. Decisões dos Tribunais colegiados, no geral, se compõem por maioria de votos de seus componentes. Esse método contribui para a obtenção de julgados consistentes com a ordem jurídica. Mas isso, às vezes, não acontece, como no caso do HC 126.292.

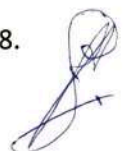
60. De fato, neste caso, como ficou demonstrado ao longo deste parecer, a maioria do STF constitui o julgado, com a devida vênia, com votos baseados em teses, fundamentos, conceitos, argumentos e fatores equivocados. Apesar disso, nunca apoiei e não concordo com a generalização da afirmativa de João Mangabeira, quando disse que o órgão que mais falhou na República no período que indicou (1892-1937),³³ embora reconheça que, em algum grau, a observação de Oscar Vilhena Vieira faz do papel de guarda da Constituição pelo Supremo é procedente e este caso que estamos apreciando aqui o prova. Diz ele:

“O cumprimento da função de guarda da Constituição não tem sido realizado sem dificuldades e insucessos nesses mais de 100 anos”.³⁴

32 Cf. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 1019.

33 Cf. Ruy, *o Estadista da República*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fonte, 1946, pp. 67 e 68.

34 Cf. *Supremo Tribunal Federal*, 2ª ed., p. 71.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

61. Não sufrago essa generalização, porque equívocos e erros são eventuais e circunstanciais em face de fatores do momento, enquanto os acertos são sempre perenes. Por isso, destaquei e destaco que essas arguições dizem respeito à postura do grande Tribunal diante de fatos e arbitrariedades políticas. Tecnicamente o tribunal teve sempre muita grandeza. A esses propósitos é que se deve ter em mente a opinião de Ruy Barbosa, que, sem se dirigir diretamente ao STF, reconheceu grandes triunfos na Justiça Brasileira: “Grandes triunfos, nesse quarto de século [Ruy morreu em 1923], registra a justiça brasileira. Os direitos supremos, algumas vezes imolados, acabaram por vingar, em boa parte, na corrente dos arestos. Haja vista os grandes resultados, que, graças a ela, se apurara, sob o estado de sítio deste ano, quando, mercê das suas sentenças, alcançamos salvar, da liberdade de imprensa, uma parte considerável, e preservar os debates parlamentares das trevas, em que os queria envolvera ditadura, com a cumplicidade submissa do próprio Congresso Nacional”.³⁵

62. Julgar contra a Constituição é um ônus que sempre há de pesar muito na consciência dos julgadores, mormente se forem integrantes de um Corte Constitucional, por isso mesmo são sempre propensos a corrigir rumos.

IV

Respostas aos quesitos

63. Vistas as considerações supra com base na doutrina mais autorizada e na análise da jurisprudência pertinente, posso passar agora às respostas sintéticas dos quesitos da Consulta.

Ao 1º quesito:

O princípio ou garantia da presunção de inocência tem a extensão que lhe deu o inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, qual seja, até o *trânsito em julgado da sentença condenatória*. A execução da pena antes disso viola gravemente a Constituição num dos

35 Cf. José Afonso da Silva, *Comentários Contextuais à Constituição*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 543-545.



elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é um direito individual fundamental. “O momento no qual uma decisão torna-se imodificável é o do trânsito em julgado, que se opera quando o conteúdo daquilo que foi decidido fica ao abrigo de qualquer impugnação através de recurso, daí a sua consequente imutabilidade”.³⁶ Dá-se aí a *preclusão máxima* com a *coisa julgada*, antes da qual, por força do princípio da presunção de inocência, não se pode executar a pena nem definitiva nem provisoriamente, sob pena de infringência à Constituição.

Ao 2º quesito:

Não. *Indubitavelmente, não é compatível com o inc. LVII do art. 5º da Constituição* a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. É incompreensível como o grande Tribunal, que a Constituição erigiu em *guardião da Constituição*, dando-lhe a feição de uma Corte Constitucional, pôde emitir uma tal decisão em franco confronto com aquele dispositivo constitucional.

Ao 3º quesito:

Não. *Não é compatível com o art. 5º, LVII da Constituição* a determinação do Tribunal Regional da 4ª Região de se dar início o cumprimento da pena imposta a Lula imediatamente após o esgotamento da jurisdição daquela Corte, e não a partir do trânsito em julgado do processo-crime. O Tribunal comete grave inconstitucionalidade com essa determinação.

Ao 4º quesito:

Não. A ordem de execução provisória da pena imposta a Lula, decretada de ofício, limitando-se a mencionar entendimentos sumulares e precedentes do STF, e sendo a mesma, ante os elementos concretos da causa desnecessária, *não é compatível com o art. 5º, LVII, da Constituição*. O sistema de processo penal brasileiro, de acordo com a Constituição, se rege

36 Cf. Luiz Fux, ob. cit., p., 693.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

pelo princípio acusatório, no qual se exige que o juiz não pode agir de ofício, *nemo iudex sine auctor*. E a execução é reconhecidamente um processo administrativo autônomo, por isso só pode ser iniciado quando devidamente provocado.

Ao 5º quesito:

Sim, sem dúvida. O contexto fático apresentado no HC 152.752 – revelando iminente possibilidade de execução da pena de Lula antes do trânsito em julgado de sua condenação criminal – constitui-se em hipótese de flagrante constrangimento ilegal apta a afastar a incidência da Súmula 691/STF. Toda decisão ilegal ou inconstitucional de juiz ou Tribunal constitui constrangimento apto ao cabimento de um *habeas corpus*, para evitar a consumação da ação ilegal e constrangedora.

É o parecer.

São Paulo, 28 de março de 2018


OAB/13.417-SP
RG 1.41.813-6
CPF 032.588. 748-91