

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

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

VOTO

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

Na presente hipótese, o paciente apontou como *ato coator ilegal* o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou *habeas corpus*, reconhecendo a inexistência de constrangimento ilegal por violação ao princípio da presunção de inocência, em face da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, pela ausência de efeito suspensivo dos mesmos (HC 434.766/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018).

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

A decisão impugnada foi baseada integralmente em posicionamento atual e majoritário do Plenário dessa SUPREMA CORTE (HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP), que, inclusive, é reforçado pelo tradicional posicionamento majoritário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesses

HC 152752 / PR

quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988.

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

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

“PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICÍDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5º, LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO”.

Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário desta CORTE sobre a matéria, no HC 68.726/DF, relatado pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA. Novamente, por unanimidade – ausentes

HC 152752 / PR

os Ministros CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO –, o STF entendeu “*não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição*” a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena:

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

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

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

Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.

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

A possibilidade de execução provisória da pena, saliente-se, foi o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do Supremo Tribunal

HC 152752 / PR

Federal editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

SÚMULA 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

SÚMULA 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

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

A interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer *ilegalidade* no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou em sua decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em 75% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período.

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

A decisão do Superior Tribunal de Justiça não desrespeitou o princípio da presunção de inocência, que é uma presunção *juris tantum* e

HC 152752 / PR

exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”).

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

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

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

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

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no

HC 152752 / PR

exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

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

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

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

A eficácia do *princípio do juiz natural* exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias

HC 152752 / PR

institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

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

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

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do *princípio da ampla defesa* estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, direito de ser processado e julgado pelo juiz competente, direito aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do *princípio do contraditório*, como exteriorização da ampla defesa, será respeitada quando houver a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal.

HC 152752 / PR

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – *princípio da presunção da inocência* – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da *presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.

Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural*, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da *presunção de inocência* perante o juízo natural de mérito do Poder

HC 152752 / PR

Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal – , seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional*, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o *método da justeza ou conformidade funcional*, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (*Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss).

O “*esquema organizatório-funcional*” estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro NÉRI DA SILVEIRA denominava de “*juízo de consistência*” (HC 72.366/SP).

Exatamente o que ocorreu na presente hipótese, em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região esgotou a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “*juízo de consistência*”, afastou a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determinou o início da execução provisória da pena.

Essa análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em relação a essas Cortes, a competência constitucional é restrita, não permitindo nova análise da justiça ou injustiça da valoração probatória realizada pelos juízos ordinários competentes.

Esse mesmo “*esquema organizatório-funcional*” autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente e reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *Habeas*

HC 152752 / PR

Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

A *tutela judicial efetiva*, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

Trata-se do mesmo entendimento nos ordenamentos jurídicos do Direito Comparado, que, no máximo, exigem para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292).

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6º, 2 – consagram o *princípio da presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*”, que, inclusive,

HC 152752 / PR

analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004; *Rosendo Cantú y outra vs. México*, 2011; *Mohamed vs. Argentina*, 2012):

“Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa”.

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º, que sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078) manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do

HC 152752 / PR

cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Em conclusão, a decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que manteve a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, por entender que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não apresenta qualquer ilegalidade ou abuso de poder, uma vez que consoante à atual e tradicional jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto, portanto, pela DENEGAÇÃO DA ORDEM.