

A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio

Gilmar Mendes

Certa feita, vaticinou o Ministro Marco Aurélio: “*Fico vencido e a minha sina, no Colegiado, é realmente ficar vencido*”.¹ De fato, trata-se de magistrado notório pela defesa intransigente de suas posições – entre elas, o irrestrito respeito à deliberação da maioria.

No julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 71.959, da 1ª Turma, concluído em 3.2.1995, cumpriu-se a sina. O Ministro era o relator. O paciente fora condenado pelo Tribunal de Justiça gaúcho por estelionato e apropriação indébita. Em suma, teria captado recursos no mercado, sob promessa de remuneração fixa, para empreendimento de criação de frangos, nunca concretizado – escândalo do “frango papel”.

O condenado interpusera recurso especial, o que não impediu o TJ de determinar o imediato cumprimento da pena, por faltar a tal recurso efeito suspensivo, na forma do art. 637 do CPP.

Invocando a presunção de inocência, Marco Aurélio concedia a ordem, para que o paciente aguardasse o julgamento de seu recurso extraordinário em liberdade. Após o voto em sentido contrário do Ministro Francisco Rezek, desabafou: “*Peço vénia aos Colegas, e confesso mesmo que, enquanto tiver cadeira nesta Corte, insistirei na tese*”. De fato, assim foi. Votou vencido.²

Ainda assim, o Ministro manteve firme sua convicção. E prosseguiu votando vencido. Mas, quatorze anos depois, a sina ofereceu trégua.

¹ Julgamento da Medida Cautelar na ADI 4140 (27.11.2008).

² Após a negativa da ordem de *habeas corpus*, o recurso especial do paciente foi julgado e não conhecido. O condenado não teve tempo de cumprir a pena. Esteve preso por alguns dias, até o deferimento de liminar no HC 71.126 (depois reautuado como RHC 71.959). Mas, denegada a ordem, faleceu antes de ser recapturado.

Em Minas Gerais, o Tribunal do Júri condenou um fazendeiro por homicídio duplamente qualificado. A apelação foi rejeitada. Interposto recurso especial, a Procuradoria de Justiça pediu a imediata prisão do condenado, calcada em indícios de dilapidação de patrimônio, supostamente para preparar fuga. A prisão foi decretada.

A questão chegou ao STF no *Habeas Corpus* 84.078. O Tribunal entendeu que os indícios de risco de fuga não se confirmavam. No entanto, não considerou isso suficiente. Seguiu analisando o caso, para verificar se o art. 637 do CPP sustentava a prisão, com a confirmação da condenação em apelação.

Por maioria, em julgamento concluído em 5.2.2009, o Pleno do STF afirmou que a prisão somente ocorre após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Uma ordem de prisão anterior teria caráter cautelar e, em consequência, teria que ser demonstrada sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade.³

Finalmente, a persistência do Min. Marco Aurélio deu frutos. Sua tese tornou-se vencedora.

O coração da controvérsia reside na forma como uma garantia constitucional se articula com a lei ordinária. No plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso.

No entanto, a Constituição estabelece, no art. 5º, LVII, que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*", consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade.

A questão é se a garantia impede a prisão após o julgamento em segunda instância. Note-se que a norma constitucional traz como marco final de sua aplicação o "*trânsito em julgado*" da condenação.

³ O fazendeiro de Minas Gerais nunca cumpriu pena. Após uma série de incidentes e recursos no Superior Tribunal de Justiça, sua punibilidade foi extinta, em 2014, pela prescrição.

O entendimento atual do STF teve a concorrência de meu voto. Ainda assim, uma melhor reflexão sobre o tema me leva a crer que ele deve ser superado por duas razões: (i) a presunção de não culpabilidade tem âmbito de proteção passível de conformação pela legislação ordinária. Ainda que assim não se entenda, (ii) a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias.

(i) Âmbito de proteção da presunção de não culpabilidade.

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v. g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais.⁴

Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.⁵

O exame das restrições aos direitos fundamentais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito específico, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais.⁶

Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

⁴ STERN, Klaus. *Die Grundrechte und ihre Schranke*, in Peter Badura, Horst Dreier, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, v. 2 p. 1-5.

⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21. ed., Heidelberg: C. F. Muller, 2005. p. 57.

⁶⁶ Op. cit. p. 57.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva.⁷

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado Direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

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 regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 1222-1223.

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 razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, “*a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa*”.⁸

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.

A análise da evolução da legislação correlata reforça a conclusão.

Antes de 1988, não havia cláusula expressa acerca da não culpabilidade na Constituição.

Em várias circunstâncias, a legislação tratava o acusado como culpado.

No âmbito dos direitos privado e administrativo, o Decreto-Lei 314/67, que definia os “crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social”, estabelecia que o preso em flagrante e o réu em ação penal por crimes previstos no diploma sofreriam suspensão do exercício de profissão, emprego privado ou público ou cargo público (art. 48). Esse dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF.⁹ O relator, Min. Themistocles Cavalcanti, afirmou a inconstitucionalidade do dispositivo, com base na vedação de penas cruéis, no direito ao trabalho e na autonomia privada. O Ministro Gonçalves de Oliveira acrescentou aos argumentos a presunção de não culpabilidade, sustentando que “*o processo não há de importar em pena*”, até porque o “*indivíduo se presume inocente até ser condenado*”.

No direito eleitoral, a posição de réu em processo-crime tornava o cidadão inelegível, na forma do art. 1º, I, “n”, da Lei Complementar 5/70. Em julgado de 17 de novembro de

⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436.

⁹ *Habeas Corpus* 45.232, Relator Min. Themistocles Cavalcanti, Tribunal Pleno, julgado em 21.2.1968.

1976, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional essa disposição legal.¹⁰ A corrente vencedora, em linhas gerais, afirmou a existência da presunção de inocência no ordenamento constitucional então vigente, mas com parca força normativa. Argumentou-se que a presunção de inocência “é *inoperante no direito eleitoral*” (Min. Cordeiro Guerra), e que é uma “*ideia-força*”, que se “*destinou a defender a liberdade, nos limites, porém, do possível*”, e que, tomada literalmente, seria “*paradoxal e irracional*” (Min. Moreira Alves). Acrescentou-se que o denunciado “é *pessoa de moralidade duvidosa*” (Min. Leitão de Abreu).

No âmbito do direito processual penal, o art. 393 do CPP ordenava a inscrição do condenado que recorria no rol provisório dos culpados. O dispositivo foi revogado apenas pela Lei 12.403/11.

As três normas mencionadas afetavam diretamente o *status jurídico* do implicado antes de sua condenação definitiva. A garantia constitucional claramente afastou sanções dessa ordem.

Indo além, temos uma tradição de leis prevendo prisões processuais automáticas antes do julgamento.

Até a introdução do parágrafo único no art. 310 do CPP pela Lei 6.416/77, não se previa a liberdade provisória para o preso em flagrante. Ou seja, o flagrante, por sua suposta força probatória do ato, servia para manter o flagrado preso até o julgamento.

Outras leis, inclusive posteriores à Constituição, andaram nessa direção. A Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), art. 21, e a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), art. 44, vedavam a liberdade provisória, ou seja, estabeleciam que o acusado aguardaria o julgamento preso. Ambos os dispositivos foram julgados inconstitucionais com base na presunção de não culpabilidade.¹¹

¹⁰ Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, julgado em 17.11.1976. RTJ, 79, n. 2, p. 671.

¹¹ Respectivamente, pela ADI 3.112, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 2.5.2007, e pelo Habeas Corpus 104.339, da minha relatoria, julgado em 11.5.2012.

Em todos esses casos, tem-se uma inversão da presunção de não culpabilidade. O réu é preso de forma automática e não motivada, antes de ter sua responsabilidade criminal analisada.

Essa não é, no entanto, a hipótese que estamos analisando. Ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários.

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

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável, força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10).

Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal.¹²

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito.

¹² Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012.

Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.

Como reforço, acrescenta-se que uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante.

Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade.

Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: “*Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que “*Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”.

Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição).

Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saber em que momento isso ocorre.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando o dispositivo da Convenção Europeia, afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Alguns países, notadamente os do sistema “*common law*”, dividem os julgamentos nas fases de veredito (*verdict*) e de aplicação da pena (*sentencing*). Na primeira, é deliberado acerca da culpa do implicado. Se declarada a culpa, passa-se à fase seguinte, de escolha e quantificação das penas. No caso Matijašević v. Serbia, n. 23037/04, julgado em 19.9.2006, o Tribunal reitera já longa jurisprudência

no sentido de que, declarada a culpa na fase de veredito, o dispositivo não mais se aplica. Ou seja, com a declaração da culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos.

Os Estados Unidos adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal – art. 18 U. S. Code §3143 – determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea “a”), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas “b” e “c”). As legislações processuais dos Estados não costumam ser mais brandas.

Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo.

O direito alemão prevê uma solução diversa. Muito embora não exista menção expressa à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No plano legal, o Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*) afirma que as “*sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado*” (§449: “*Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*”). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito (“*dringen verdächtig*”) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão – §§ 112 e 112a do *Strafprozeßordnung*. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência temera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht*, 19, 342).

Já o nosso texto constitucional segue a tradição das Constituições da Itália – artigo 27: “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” – Portugal – artigo 32, 2: “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias*

de defesa” – e dos países de língua portuguesa em geral – Angola, artigo 67, 2; Moçambique, artigo 59, 2: 2; Cabo Verde, artigo 34, 1; São Tomé e Príncipe, artigo 40, 2; Guiné-Bissau, artigo 42, 2 e Timor Leste, artigo 34, 1.

Nota-se que, na tradição italiana e na “família constitucional”¹³ da língua portuguesa a presunção vige até o trânsito em julgado.

Não se nega a importância da análise das Constituições de mesma tradição. Em nosso caso, os textos constitucionais de língua portuguesa são “importante objeto de estudo”, visto que “é possível identificar uma tradição institucional comum que informa os ordenamentos constitucionais de Portugal, do Brasil, de Angola, de Guiné-Bissau, de Cabo Verde, de Moçambique, e de São Tomé e Príncipe”.¹⁴

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nossa país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito.

Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

¹³ A expressão é de MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 104

¹⁴ HORBACH, Carlos Bastide. O controle de Constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVI, nº 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.

Com isso, a execução imediata da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinários não deve ser considerada incompatível com a presunção de inocência.

(ii) Garantia da ordem pública e esgotamento das vias ordinárias.

Paralelamente a isso, tenho que, nas condenações a penas privativas de liberdade em regime inicial fechado, a garantia da ordem pública impõe a prisão após o esgotamento das vias ordinárias.

O conceito de garantia de ordem pública é assaz impreciso e provoca grande insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista a possibilidade de se exercer, com esse fundamento, um certo e indevido controle da vida social, como anotado por Eugênio Pacelli.¹⁵

Para os fins de prisão preventiva, tem-se entendido que a garantia da ordem pública busca preponderantemente evitar que se estabeleça um estado de continuidade delitiva. No entanto, a garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime. É a orientação, v. g., de Julio Fabbrini Mirabete:

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

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 434.

medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional.”¹⁶

Não se está falando em aceitar o clamor público como justificador da prisão preventiva, já rechaçado pelo Supremo Tribunal.¹⁷

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

Além disso, a condenação pelo Tribunal atesta os fatos com soberania.

Se foi imposta, após o julgamento colegiado, uma pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, é porque houve um fato grave, atestado quando sua existência e autoria, pelas instâncias ordinárias. Demonstra-se, com isso, a necessidade da prisão, independentemente de considerações acerca da potencial reiteração criminosa.

Assim, esgotadas as vias ordinárias, com imposição de pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, o cumprimento da pena se justifica para a garantia da ordem pública.

Em suma, seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado.

Não há como prever se o Supremo Tribunal acolherá a proposta de nova análise do tema. Se um dia o fizer, não se sabe qual será a composição da Corte. Se participar do julgamento, o Ministro Marco Aurélio poderá, ou não, manter a própria posição. Em seus 25 anos como Ministro do Supremo Tribunal, Sua Excelência demonstrou em várias

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal interpretado, 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 803.

¹⁷ HC 80.719/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ de 28.9.2001.

oportunidades humildade para “*evoluir*” em seus posicionamentos, provando não ser “*um juiz turrão*”.¹⁸

A toda sorte, se vier a julgar novamente a questão, a Corte terá que enfrentar, com a devida consideração e respeito, seu próprio precedente, solidificado a partir da posição firme do Ministro Marco Aurélio.

¹⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 28, julgada em 16.4.2015.