

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 185.051 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
EMBTE.(S) : **PAULINHO JUNIOR TAVARES**
ADV.(A/S) : **CATICLYS NIELYS MATIELLO**
EMBDO.(A/S) : **RELATOR DO HC Nº 577.274 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: *“Habeas Corpus”*. **Condenação penal imposta ao paciente por Tribunal de segunda instância**. A questão **da dupla intimação** do acórdão, **tanto** ao réu (*preso ou solto*) **quanto** ao seu Advogado **ou** Defensor Público. **Jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **que se satisfaz, no entanto, na interpretação** do art. 392 do CPP, **tratando-se** de condenação **imposta em segundo grau ou decretada em instância de superposição (STF/STJ), apenas com a publicação, com efeito de intimação, do acórdão no Diário da Justiça**. Entendimento **que, embora constituindo posição jurisprudencial prevalecente** nesta Suprema Corte (**HC 114.107/DE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*), **parece transgredir prerrogativa fundamental do réu condenado, não importando o grau de jurisdição** em que o juízo condenatório é proferido. **O processo penal como garantia dos acusados e instrumento de salvaguarda** da liberdade jurídica **daquele contra quem se instauraram atos de “persecutio criminis”**. **Magistério da doutrina. O direito de recorrer** como cláusula **inerente** ao *“due process of law”*. **Possível ofensa, quanto a tal**

HC 185051 ED / SC

prerrogativa, a garantia assegurada por pactos internacionais, em tema de persecução penal, a qualquer pessoa: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8, n. 2, "h") e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9, n. 4). A questão da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos (natureza constitucional ou caráter supralegal?). Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal que conferem a esses diplomas internacionais a condição de supralegalidade. Posição pessoal do Relator (Ministro Celso de Mello) que atribui qualificação constitucional, inclusive com apoio na noção conceitual de bloco de constitucionalidade, a tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil ou a que o Estado brasileiro haja aderido. "Pacta sunt servanda" (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 26). Possibilidade excepcional de impetração de "Habeas Corpus" contra decisão já transitada em julgado. Precedentes. Tutela de urgência deferida.

DECISÃO: Depois de muita reflexão sobre o pleito deduzido pela parte impetrante, **reconsidero** a decisão por mim proferida nestes autos, **ficando prejudicado, em consequência, o exame** dos presentes embargos de declaração.

HC 185051 ED / SC

Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão que, **emanada** de eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça **em sede de outra** ação de “*habeas corpus*” ainda em curso (**HC** 577.274/SC), **indeferiu** pleito cautelar que lhe havia sido requerido em favor do ora paciente.

Busca-se, em sede cautelar, “(...) *a suspensão dos efeitos do acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos n. 0004295-24.2016.8.24.0019, interrompendo o cumprimento da pena (...), ordenando-se à unidade local que o paciente seja imediatamente posto em liberdade*” (grifei).

Sendo esse o contexto, passo a apreciar a admissibilidade do presente “*writ*”. **E, ao fazê-lo, devo observar que ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal **firmaram** orientação **no sentido da incognoscibilidade** desse remédio constitucional, **quando ajuizado, como no caso em análise**, em face de decisão monocrática **proferida por Ministro** de Tribunal Superior da União (**HC 116.875/AC**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 117.346/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 117.798/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 118.189/MG**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 119.821/TO**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 121.684-AgR/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 122.381-AgR/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 122.718/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER – **RHC 114.737/RN**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RHC 114.961/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*):

“HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I – (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição

HC 185051 ED / SC

Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.

.....
III – ‘Writ’ não conhecido.”

(HC 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Tenho respeitosamente dissentido, em caráter pessoal, dessa diretriz jurisprudencial, por nela vislumbrar grave restrição ao exercício do remédio constitucional do “habeas corpus”.

Não obstante a minha posição pessoal, venho observando, em recentes julgamentos, essa orientação restritiva, hoje consolidada na jurisprudência da Corte, em atenção ao princípio da colegialidade, motivo pelo qual impor-se-á o não conhecimento desta ação.

Assinalo, no entanto, que, mesmo em impetrações deduzidas contra decisões monocráticas de Ministros de outros Tribunais Superiores da União, a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ainda que não conhecendo do “writ” constitucional, tem concedido, “ex officio”, a ordem de “habeas corpus”, quando se evidencie patente a situação caracterizadora de injusto gravame ao “status libertatis” do paciente (HC 118.560/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).

Passo, desse modo, a apreciar o pleito cautelar em causa. E, ao fazê-lo, entendo que os fundamentos nos quais se apoia a presente impetração parecem evidenciar, ao menos em juízo de estrita delibação, a plausibilidade jurídica da pretensão ora deduzida pela parte impetrante.

Não se desconhece, a propósito do tema ora em análise, a orientação prevalente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a regra processual prevista no art. 392 do CPP – concernente à intimação pessoal do réu (e/ou do defensor por ele constituído) quanto à sentença penal, ainda mais quando se cuidar de condenação criminal – não se

HC 185051 ED / SC

aplica aos acórdãos **proferidos** em sede de apelação e na via recursal extraordinária, **bastando** que se dê, **em relação** a tais atos decisórios, a respectiva publicação no órgão oficial (HC 98.218/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 137.112-AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, v.g.):

“Habeas corpus’. Penal. Processual penal. Roubo. Intimação pessoal do réu e de seu defensor da sentença e do acórdão condenatório. Nulidade inexistente. Ausência de prejuízo. Intimação, ademais, que na segunda instância se aperfeiçoa mediante simples intimação pela imprensa oficial. (...)

1. Como é cediço, o princípio do ‘pas de nullité sans grief’ exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade por mera presunção. Ausência de prejuízo à defesa, que deduziu tempestivamente o recurso de apelação contra a decisão condenatória.

2. Intimação do réu e de seu defensor do acórdão da apelação mediante publicação do dispositivo do acórdão no Diário Oficial. Ato válido. Desnecessidade de intimação pessoal do réu e do defensor constituído. Exigência só pertinente à intimação da sentença de primeiro grau. (...)

(HC 101.643/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

“HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PACIENTE PARA RECORRER DO ACORDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. DESNECESSIDADE. ART. 392 DO CPP. INAPLICABILIDADE. INTIMAÇÃO REALIZADA POR MEIO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. ORDEM DENEGADA.

I – O paciente possuía advogado constituído nos autos, que foi devidamente intimado do acórdão que julgou o recurso de apelação e optou por não interpor os recursos especial e extraordinário.

II – O art. 392 do CPP dispõe sobre a necessidade de intimação pessoal do réu apenas na hipótese de sentença condenatória e

HC 185051 ED / SC

não de acórdão proferido no julgamento de apelação. Precedentes.

III – Os autos dão conta de que se tratava de réu solto com patrono constituído e que não houve qualquer renúncia desse advogado, sendo desnecessária a intimação do paciente para constituir novo defensor, uma vez que cabe à defesa técnica analisar a conveniência e a viabilidade na interposição dos recursos especial e extraordinário.

IV – Ordem denegada.”

(HC 114.107/DE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

O **presente** caso, no entanto, **reveste-se** de certas particularidades que o tornam singular, o que permite afastar as premissas fáticas em que se apoia a diretriz jurisprudencial ora referida, **merecendo**, portanto, solução jurídica distinta.

Com efeito, a **análise** dos documentos que instruem este “writ” constitucional **parece evidenciar** que o ora paciente, **assistido** pela Defensoria Pública durante **todo o processo penal de conhecimento**, veio a ser absolvido no primeiro grau de jurisdição, **inexistindo**, porém, **quaisquer elementos** nos autos **indicativos** de que, em segunda instância, teria sido dada ciência a esse mesmo réu, ora paciente, da condenação penal contra ele proferida **no julgamento da apelação** interposta pelo Ministério Público estadual.

As circunstâncias acima delineadas permitem reconhecer **que o exercício das prerrogativas** inerentes ao direito de recorrer, por parte do ora paciente, **restou** aparentemente prejudicado, **revelando-se acolhível**, nesta sede de sumária cognição, a alegada ofensa ao postulado do “*due process of law*”, cujo conteúdo, que se revela amplo, abrange, entre outras, as seguintes e relevantes prerrogativas de ordem jurídico-constitucional: (a) **direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento

HC 185051 ED / SC

público e célere, sem dilações indevidas; **(d) direito ao contraditório e à ampla defesa** (direito à autodefesa e à defesa técnica); **(e) direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; **(f) direito** ao benefício da gratuidade; **(g) direito** ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); **(h) direito** de presença e de “*participação ativa*” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, *quando existentes*; **(i) direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; **(j) direito** à igualdade entre as partes (*paridade de armas*); **(k) direito** ao juiz natural; **(l) direito** de ser julgado por Juízes e Tribunais imparciais e independentes; **(m) direito** à última palavra, **vale dizer**, o de pronunciar-se, *sempre*, após o órgão de acusação; **(n) direito** de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; **(o) direito ao recurso**; e **(p) direito** à prova.

É tão delicada a questão concernente ao alegado desrespeito ao postulado do devido processo legal que a inobservância de qualquer de suas cláusulas pode infirmar a própria validade do processo penal, eis que a nulidade resultante desse comportamento do Estado evidencia clara ocorrência de prejuízo aos direitos de quem sofre persecução penal.

Daí o entendimento manifestado pela colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, *em controvérsia virtualmente idêntica* à ora em exame, no julgamento **do HC 105.298/PR**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **consubstanciado** em acórdão assim ementado:

“Habeas Corpus’. 2. **Alegação de nulidade, ao argumento de que somente o defensor dativo fora intimado do acórdão condenatório que reformara sentença absolutória, não tendo interposto qualquer recurso, o que permitiu o trânsito em julgado da condenação, impondo ao paciente grave prejuízo. Ocorrência.** 3. **Afronta ao devido processo legal.** 4. **Superação da restrição sumular 691.** 5. **Ordem concedida para anular o trânsito em julgado do acórdão** proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação de n. 0462482-6, **com a**

HC 185051 ED / SC

consequente reabertura do prazo para interposição de recursos." (grifei)

Vale referir, por oportuno, **fragmento** do voto do eminente Ministro GILMAR MENDES, Relator do mencionado HC 105.298/PR, proferido por ocasião daquele julgamento:

“Destaco não desconhecer jurisprudência desta Corte no sentido de que a intimação pessoal prevista no art. 392 do CPP aplica-se somente à decisão proferida em primeiro grau. Em segundo grau e nas instâncias superiores, a regra é a intimação dar-se pela imprensa oficial (HC 69.717/SP, rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 7.5.1993).

Não obstante esse entendimento, o caso guarda peculiaridades, merecendo algumas ponderações.

Observo que o paciente fora inicialmente absolvido pelo magistrado de primeiro grau, tendo, posteriormente, em razão da apelação interposta pelo ‘Parquet’, sido condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, §§ 1º e 2º, incisos I e II, do CP.

Ocorre que, consoante se depreende das informações prestadas pelo Tribunal local, somente o defensor dativo fora intimado pessoalmente da publicação do acórdão n. 0462482-6 – por meio de carta de ordem –, tendo a comunicação do paciente se dado somente pela imprensa oficial. Como não houve a interposição de recursos, a decisão transitou em julgado em 5.8.2009.

Tenho para mim que, dada a singularidade da espécie sob exame – envolvendo sentença absolutória em primeiro grau, acórdão condenatório em segundo, falta de intimação pessoal do paciente patrocinado por defensor dativo –, houve afronta ao devido processo legal, mais especificamente nas vertentes do contraditório e da ampla defesa, pois é perfeitamente razoável concluir que o paciente pode não ter tomado ciência da intimação pela imprensa oficial, o que lhe retiraria, por conseguinte, a oportunidade de deliberar sobre a conveniência ou não da interposição dos pertinentes recursos.” (grifei)

HC 185051 ED / SC

Devo ressaltar que também assim me posicionei ao apreciar pedido de medida cautelar **deduzida** nos autos **do HC** 178.527-MC/RS, de que sou Relator.

Destaca-se, neste ponto, a circunstância, juridicamente relevante, de que o processo penal qualifica-se, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, como valioso instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica daquele contra quem se instaurou a “persecutio criminis” (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Mostra-se importante, bem por isso, ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ilustre Professor das Arcadas e eminente Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“O Processo Criminal Brasileiro”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), no sentido de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, traduz atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional, que restringem o poder do Estado, a significar, desse modo, tal como enfatiza aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

É por essa razão que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – insista-se – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal** um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder eventualmente **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

HC 185051 ED / SC

Dá a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (**“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”**, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de **“instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”**, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (**“Instituições de Processo Penal”**, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:**

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)

Tal percepção a propósito da **vocação protetiva do processo penal, considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais **que vigora em nosso País, é também perfilhada** por **autorizadíssimo (e contemporâneo)** magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial **como “garantia dos acusados”** (VICENTE GRECO FILHO, **“Manual de Processo Penal”**, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, **“Processo Penal”**, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, **“Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade”**, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, **“Garantias Processuais nos Recursos Criminais”**, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, **“Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”**, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, **“Manual de Processo Penal”**, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., **“Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”**, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

HC 185051 ED / SC

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato *supostamente* criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a “*persecutio criminis*” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cujas prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘*jus libertatis*’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-

HC 185051 ED / SC

-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa que, em tema de privação da liberdade ou de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, o Estado **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária (RTJ 183/371-372, p. ex.), pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público **de que resultem consequências gravosas** no plano de direitos e garantias individuais **exige obediência ao princípio do devido processo legal** (CF, art. 5º, LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "O Direito à Defesa na Constituição de 1988", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

HC 185051 ED / SC

A magnitude desse tema justifica, em sua análise, que esta Suprema Corte insista na asserção de que os direitos da pessoa humana – constituindo uma pauta essencial de valores a que deve incondicional respeito o Poder Público – impõem-se como limitações insuperáveis ao poder de investigar, ao poder de processar e ao poder de julgar, que assistem, *soberanamente*, ao Estado, que deve sempre observar, por isso mesmo, os princípios que consagram as garantias fundamentais caracterizadoras do direito a um julgamento justo, regular e público (“*right to a fair trial*”).

Há a considerar, finalmente, um outro aspecto de extremo relevo jurídico, consistente no controle de convencionalidade – que compete, no plano doméstico, ao juiz comunitário, vale dizer, às autoridades judiciais nacionais – referentemente à situação processual exposta nestes autos, pois, com a falta de intimação pessoal do réu, ora paciente, negou-se-lhe um direito fundamental contemplado e reconhecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo Artigo 8, n. 2, “h”, assegura a qualquer pessoa acusada o “*direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*”, garantindo-se-lhe, em consequência, a prerrogativa básica de acesso aos Tribunais Superiores, como o E. Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal.

Reconheço, pessoalmente, com apoio em expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“*A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“*Curso de Direito Internacional Público*”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores – que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, sendo certo, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos

HC 185051 ED / SC

humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade:

“HABEAS CORPUS’ PREVENTIVO – (...) CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) – HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – PEDIDO DEFERIDO.

.....
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

– A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

– Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CE, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes.

– Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

– A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição.

HC 185051 ED / SC

A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

– Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

– O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

– Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.”

(HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

HC 185051 ED / SC

Embora entenda, como venho de assinalar, *que os tratados internacionais de direitos humanos qualificam-se, em nosso sistema normativo, como diplomas de índole constitucional, consoante tive o ensejo de destacar por ocasião* do julgamento plenário **do RE 349.703/RS, do RE 466.343/SP e do HC 87.585/TO, cabe reconhecer** que o Supremo Tribunal Federal, *em referidos precedentes, atribuiu, ainda que por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), caráter de supralegalidade a tais convenções, como proclamou* esta Corte Suprema nos casos acima mencionados:

“(...) o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)”

(RE 349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o ângulo sob o qual se examine essa controvérsia – **caráter constitucional ou natureza supralegal** das convenções internacionais de direitos humanos –, **que a não intimação pessoal do próprio acusado para efeito de interposição recursal (não obstante efetivada a cientificação da Defensoria Pública), com o consequente e lesivo trânsito em julgado do acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça local, frustrando-se, desse modo, o acesso do réu, ora paciente, aos órgãos judiciários de superposição (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), põe em perspectiva a grave questão** **concernente a um direito fundamental** que os pactos internacionais – **como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8, n. 2, “h”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 9, n. 4) – reconhecem** àqueles que sofrem persecução penal **instaurada pelo Poder Público.**

HC 185051 ED / SC

Essa é mais uma razão que justifica a outorga, no caso, do provimento cautelar requerido pela parte ora impetrante, **não obstante a existência de trânsito em julgado da condenação criminal, pois, como se sabe, a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem admitido, ainda que em caráter excepcional, a possibilidade** de impetração do “writ” constitucional **contra decisões já transitadas em julgado** (HC 97.058/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 98.412/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 103.577/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 107.437/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 146.181-AgR/MG, Rel. Min. EDSON FACHIN – HC 154.390/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

“(…) a Segunda Turma (RHC nº 146.327/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/2/18) assentou expressamente a cognoscibilidade de ‘habeas corpus’ manejado em face de decisão já transitada em julgado, em hipóteses excepcionais, desde que líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação do Supremo Tribunal Federal.”

(HC 139.741/DE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

“III – Esta Suprema Corte admite impetração de ‘habeas corpus’ como sucedâneo de revisão criminal apenas nas hipóteses excepcionais de manifesta ilegalidade ou teratologia (...)”

(HC 160.958-AgR/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Sendo assim, e sem prejuízo de ulterior reapreciação da matéria, **defiro** o pedido de tutela de urgência, **em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento do presente “writ” constitucional, a eficácia tanto da condenação penal imposta ao ora paciente nos autos da Apelação Criminal nº 0004295-24.2016.8.24.0019, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, quanto da certidão do trânsito em julgado do respectivo acórdão.**

HC 185051 ED / SC

Em decorrência da presente decisão, **fica suspensa** a execução da sanção penal **imposta** ao ora paciente (**Processo** nº 0000367-68.2019.8.24.0081 – Juízo de Execuções Penais da comarca de Chapecó/SC), **devendo** ser ele posto **imediatamente** em liberdade, **se por al não estiver preso**.

Comunique-se, com urgência, **encaminhando-se** cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 577.274/SC), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (**Apelação Criminal** nº 0004295-24.2016.8.24.0019), ao Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Concórdia/SC (**Processo-crime** nº 0004295-24.2016.8.24.0019) e ao Juízo de Execuções Penais da comarca de Chapecó/SC (**Processo de Execução** nº 0000367-68.2019.8.24.0081).

Publique-se.

Brasília, 21 de julho de 2020.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator