

# PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3ª CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 240/90

Apelantes: 1 – Ministério Público  
2 – Luiz Fernando de Mello

Apelados: Os mesmos

*Arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 35 da Lei de Tóxicos. Rejeição da alegação. Ausência de incompatibilidade entre o art. 35 da Lei 6368/76 e a norma constitucional do art. 5º, LVII. O princípio do estado de inocência. Exame do tema à luz da jurisprudência e da doutrina. Se o acusado não pode ser considerado culpado antes que se opere a coisa julgada formal da sentença condenatória, não pode também ser presumido inocente. Críticas à expressão "presunção de inocência". Rejeição da alegação de inconstitucionalidade, prosseguindo a Câmara Criminal no julgamento da apelação (art. 481 CPC c/ c art. 3º CPP).*

## PARECER

Egrégia Câmara:

1. Trata-se de arguição incidental de inconstitucionalidade suscitada pelo réu, Luiz Fernando de Mello, que pretende que este V. Colegiado admita a arguição respectiva, suspendendo o julgamento da apelação e remetendo-a ao Órgão Especial (art. 480 CPC c/c 3º CPP e 100 e seguintes do RITJRJ).

O dispositivo inquinado de inconstitucionalidade é o art. 35 da Lei 6368/76, que estabelece que o réu condenado por infração aos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos não poderá apelar sem recolher-se à prisão.

Sustenta o arguente, em suas bem elaboradas razões de fls. 118/125, que o dispositivo em questão afronta o princípio contido no art. 5º, LVII da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória". Assim, a norma constitucional derogou não somente o art. 35 da Lei 6368/76, como também o art. 594 CPP. Dessa maneira, em razão do princípio da presunção de inocência, a prisão de um acusado em processo criminal só pode ser efetivada a título de medida cautelar, esta sujeita aos consagrados pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, autorizadores da prisão preventiva. Fora daí, não há que falar em prisão cautelar mas em prisão decorrente de pena, em verdadeira execução provisória da sentença.

Mostra, também, o suscitante os irreparáveis reflexos que o art. 35 da Lei 6368/76 apresenta em relação ao princípio da ampla defesa e em relação ao contraditório, ambos assegurados na Constituição Federal (art. 5º, LV), uma vez que o direito de

defesa e, portanto, o de recorrer estariam sendo cerceados pelo legislador ordinário em afronta à Constituição Federal.

Invoca, por fim, o cerceamento ao princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que o art. 35 da Lei 6368/76 veda a possibilidade de recurso ao condicioná-lo à prisão do recorrente.

Pede, em conclusão, que este V. Colegiado admita a presente arguição, suspendendo o julgamento da apelação e remetendo os autos ao Órgão Especial para julgamento da alegação de inconstitucionalidade.

Este, em síntese, o relatório.

2. A matéria não é de todo nova e já tem dado margem a alguns pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência.

No recurso de *Habeas-corpus* nº 202, relator o Ministro Edson Vidigal, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de apreciar o tema, salientando:

Omissis...

*"Também não há que se falar em incompatibilidade do art. 35 da Lei Especial de Tóxicos com o inciso LVII do art. 5º, da Constituição Federal, pois prevalecem, na nova Carta, os comandos prisionais existentes anteriormente a essa disposição constitucional.*

*Ainda não há que ser apreciado o mesmo art. 5º, inciso LVII para garantir liberdade de condenado que aguarda julgamento de recurso interposto. Precedentes do S.T.F." (in "DJU", de 21.05.90. p. 4435.)*

No mesmo sentido, a decisão do *Habeas-corpus* nº 545 da mesma 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Assis Toledo, onde se reafirmou a plena vigência do art. 35 da Lei de Tóxicos e ausência de incompatibilidade entre aquele dispositivo e a norma constitucional do art. 5º LVII. "A prisão, no caso, decorre de ordem judicial (art. 393, I CPP) sob o pálio do art. 5º, LXI da Constituição". E salienta o julgado que "nada impede que o legislador afaste o benefício de apelar em liberdade, ante a presunção de periculosidade que pesa sobre o traficante." (in "DJU", de 16.4.90, p. 2880.)

Ambos os julgados citados foram proferidos por unanimidade de votos.

Nossa Câmara, também em decisão unânime, quando do julgamento do *Habeas-corpus* nº 441/89, relator o douto Desembargador Raphael Cirigliano Filho, da mesma forma teve a ocasião de examinar o tema, constando da ementa:

*— Habeas-corpus. Prisão de réu condenado pelo art. 12 da Lei de Tóxicos. Alegação de que a nova Constituição Federal estabeleceu a presunção de inocência revogando vários dispositivos legais. Denegação da ordem.*

*— O art. 5º, nº LVII, da CF/88, afirma a inexistência da presunção de culpa. Somente se há de considerar culpado aquele que tenha contra si uma condenação penal transitada em julgado. Mas isso não signifi-*

*ca estabelecer uma presunção de inocência. Se qualquer pessoa deve ser presumida inocente, inclusive o indiciado, como se poderá instaurar a ação penal? Denunciar um inocente?*

*— Os arts. 393, I e 594 do CPP e 35 da Lei 6368/76 não foram revogados pela Constituição Federal de 1988.*

*— Denegação da ordem.”*

No referido *Habeas-corpus* (441/89), ao emitir parecer, o douto Procurador de Justiça Dr. Cezar Augusto de Farias teve a oportunidade de salientar que a mesma Constituição, que veda a presunção de culpa, no referido art. 5º contempla também a prisão em flagrante e a decorrente de ordem judicial (art. 5º, LXI), a prisão por débito alimentar e a do depositário infiel (art. 5º, nº LXVII).

Os julgados em questão, acima destacados, estão na linha de pensamento doutrinário do eminente Procurador de Justiça e Professor Damásio E. de Jesus, que, inclusive, crítica a expressão “presunção de inocência”, ao registrar, com acerto, que “se o acusado não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode também ser presumido inocente” (Cf. *CPP Anotado*, p. 638, Saraiva, 1989).

Aliás, a chamada “presunção de inocência” já merecera iguais reparos — se bem que em campo de pura doutrina e para fins diversos do tratado na presente arguição — de processualistas do porte de Hélio Tornaghi (cf. *Compêndio de Processo Penal*, vol. III, Konfino, 1967, pp. 1082/1085) e de Weber Martins Batista (cf. *Liberdade Provisória*, Forense, Rio, 1985, pp. 26/27).

Examinando o assunto em estudo, Damásio Evangelista de Jesus é taxativo ao afirmar “que não foram revogados os dispositivos da legislação processual penal que disciplinaram a prisão em flagrante, a preventiva, a decorrente de pronúncia ou a sentença condenatória recorrível e o recolhimento à prisão para apelar (CPP, arts. 301 e s., 311 e s., 408 § 1º, 393, I e 594 e d. *Lei de Tóxicos*, art. 35 [grifos meus], *apud op. cit.*, p. 638).

3. Assim, com fulcro no art. 481 CPC c/c art. 3º CPP, opino no sentido de que a E. Câmara rejeite a alegação de inconstitucionalidade, prosseguindo no julgamento da apelação.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 1990.

Sergio Demoro Hamilton  
Procurador de Justiça