

04/04/2018

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Alguns pronunciamentos **manifestados** no dia de ontem (03/04/2018), **especialmente** declarações **impregnadas de insólito conteúdo admonitório claramente infringentes** do princípio da separação de poderes, **impõem** que se façam breves considerações a respeito desse fato, **até mesmo** em função da altíssima e digníssima fonte de que emanaram.

Tais **surpreendentes** declarações, **amplamente divulgadas** pelos meios de comunicação, **fazem recordar lamentável episódio histórico ocorrido** em nosso País nos pródromos da República, **quando** o Marechal Floriano Peixoto, **no exercício** da Presidência da República, **confrontado** pela impetração de “*habeas corpus*” (**HC** 300), por RUY BARBOSA, em abril de 1892, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **em favor** de inúmeros pacientes, **entre os quais** o poeta parnasiano Olavo Bilac, **reage**, formulando **inadmissível ameaça** aos Ministros **deste** Alto Tribunal **que se traduziu – segundo versão registrada por historiadores** (EMILIA VIOTTI DA COSTA, “**O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**”, p. 37, 2ª ed., 2007, Ieje; MARCO ANTONIO VILLA, “**A História das Constituições Brasileiras**”, p. 133, 2ª reimpressão, 2011, Leya; LÊDA BOECHAT RODRIGUES, “**História do Supremo Tribunal Federal**”, tomo I, p. 18-19, 2ª ed., 1991, Civilização Brasileira; ALIOMAR BALEEIRO, “**O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**”, p. 24/25, item n. 6, 1968, Forense) – **na seguinte afirmação a ele atribuída**: “*Se os juízes concederem ‘habeas corpus’ aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o ‘habeas corpus’ de que, por sua vez, necessitarão*”.

Em um contexto de grave crise **que afeta e compromete**, *de um lado*, os **próprios** fundamentos ético-jurídicos **que dão sustentação** ao exercício legítimo do poder político e **que expõe**, *de outro*, o **comportamento anômalo** de protagonistas relevantes **situados** nos diversos escalões do aparelho de Estado, **torna-se perceptível a justa, intensa e profunda indignação da sociedade civil perante** esse quadro deplorável de desoladora e aviltante perversão da ética do poder e do direito!

É **que se mostra intolerável** ao cidadão honesto, **que cumpre** os seus deveres e **que respeita** o império da lei, **viver** em uma sociedade moralmente corrompida e **na qual a realização** do bem comum, **longe de constituir** o objetivo primário dos exercentes das funções governamentais, **representa** encargo e obrigação ignorados, *quando não desprezados*, pelos detentores do poder!

A **corrupção governamental e a avidez criminosa** de empresários que a fomentam em benefício próprio **culminam por capturar** as instituições do Estado, **tornando-as reféns** de seus ilícitos e imorais propósitos, **deformando e subvertendo** o próprio sentido da ideia de República!

Em **situações tão graves assim**, costumam insinuar-se pronunciamentos **ou** registrar-se movimentos **que parecem prenunciar** a retomada, *de todo inadmissível*, de práticas **estranhas** (e lesivas) à ortodoxia constitucional, **típicas de um pretorianismo** *que cumpre repelir*, **qualquer que seja** a modalidade que assuma: *pretorianismo oligárquico, pretorianismo radical ou pretorianismo de massa* (SAMUEL P. HUNTINGTON, "Pretorianismo e Decadência Política", 1969, Yale University Press).

A **nossa própria** experiência histórica **revela-nos** – *e também nos adverte* – **que insurgências de natureza pretoriana, à semelhança** da ideia metafórica *do ovo da serpente* (República de Weimar), **descaracterizam** a legitimidade do poder civil instituído e **fragilizam** as instituições

democráticas, **ao mesmo tempo em que desrespeitam** a autoridade suprema da Constituição e das leis da República!

Já se distanciam no tempo histórico **os dias sombrios** que recaíram sobre o processo democrático em nosso País, *em momento declinante das liberdades fundamentais*, **quando** a vontade hegemônica dos curadores do regime político então instaurado **sufocou**, *de modo irresistível*, **o exercício** do poder civil.

É preciso ressaltar que a experiência concreta **a que se submeteu** o Brasil no período de vigência do regime de exceção (1964/1985) **constitui**, *para esta e para as próximas gerações*, **marcante advertência** que não pode ser ignorada: **as intervenções pretorianas** no domínio político-institucional **têm representado** *momentos de grave inflexão* no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Intervenções castrenses, *quando efetivadas e tornadas vitoriosas*, **tendem**, *na lógica do regime supressor das liberdades que se lhes segue*, **a diminuir** (*quando não a eliminar*) o espaço institucional **reservado** ao dissenso, **limitando**, *desse modo*, **com danos irreversíveis** ao sistema democrático, **a possibilidade** de livre expansão da atividade política e do exercício pleno da cidadania.

Tudo isso é inaceitável, Senhora Presidente, **porque** o respeito indeclinável à Constituição e às leis da República **representa** *limite inultrapassável* a que se devem submeter os agentes do Estado.

Passo a examinar, agora, Senhora Presidente, **o mérito** da presente impetração, *cuja análise, no entanto*, **não envolverá** a apreciação do litígio penal **instaurado no Processo-crime** nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. **E**, *ao fazê-lo*, **assinalo que a controvérsia jurídica** ora em julgamento, **resultante** dos debates **em torno** da extensão e abrangência da presunção constitucional de inocência, **tal como reconhecida** *pelo direito constitucional positivo brasileiro* (CF, art. 5º, inciso LVII), **consiste em definir-se o momento a partir do qual** a pessoa sob persecução criminal

pode ser legitimamente considerada culpada, especialmente para efeito de sua imediata submissão à prisão penal (“*carcer ad poenam*”), **tão logo esgotado** o duplo grau de jurisdição pelo pronunciamento, embora recorrível, de um Tribunal situado em segunda instância.

A parte ora impetrante, ao ajuizar a presente ação de “*habeas corpus*”, formulou, entre os diversos pleitos por ela deduzidos, **pedido objetivando** “a concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando a cláusula pétreia prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República” (grifei), **que assim dispõe:**

“Art. 5º (...):

.....
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (grifei)

Ao participar, no Plenário desta Corte, de julgamentos sobre essa questão, **expendi** algumas observações que tenho por necessárias e indissociáveis do tema em causa, **que se referem** às delicadas relações **entre** o poder persecutório e punitivo do Estado **e** o complexo de direitos e garantias de índole legal e constitucional **que compõem**, em nosso sistema normativo, o estatuto das liberdades fundamentais dos cidadãos da República.

Tenho enfatizado, em diversos votos que já proferi no Supremo Tribunal Federal, **que os poderes do Estado**, em nosso sistema constitucional, **são essencialmente definidos e limitados pela própria Carta Política**, “*E a Constituição foi feita para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos*” (HUGO L. BLACK, “*Crença na Constituição*”, p. 39, 1970, Forense).

Uma Constituição escrita – *já o afirmei nesta Suprema Corte (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade, nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações.*

Na realidade, a Constituição traduz documento político-jurídico da maior importância, cuja superioridade impõe-se à observância de todos, notadamente daqueles que exercem o poder político, destinando-se a proteger as liberdades, a tutelar os direitos e a inibir os abusos do Estado e daqueles que em seu nome atuam.

Torna-se essencial proclamar, por isso mesmo, que a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – *enquanto for respeitada* – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades *jamais serão ofendidos*. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada, pois – *como ninguém o desconhece* – todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica (dos Tribunais, especialmente) porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade (*v., a respeito, MARCELO REBELO DE SOUSA, “O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional”, 1988, Gráfica Portuguesa*).

Sabemos todos, Senhora Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados quase 30 anos de sua promulgação, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento das instituições democráticas e na afirmação dos princípios sob cuja égide floresce o espírito virtuoso que anima e informa a ideia de República.

Se é certo, portanto, Senhora Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades

fundamentais, **não é menos exato** que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, **para que sejam** *imparciais, isentos e independentes*, **não podem expor-se** a pressões externas, **como aquelas** resultantes *do clamor popular e da pressão das multidões*, **sob pena de completa subversão do regime** constitucional dos direitos e garantias individuais **e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais** que a ordem jurídica assegura *a qualquer réu* mediante instauração, em juízo, *do devido processo penal*.

A questão da legitimidade do Poder Judiciário **e do exercício independente** da atividade jurisdicional **foi bem analisada** em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, **que examinou** o tema **na perspectiva** das manifestações populares e da opinião pública, **sustentando**, *com razão*, que *“a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional”* (grifei).

Assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem entendido** qualificar-se *como abusiva e ilegal a utilização do clamor público* como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, notadamente daquelas sob investigação do Estado (**RTJ** 112/1115 – **RTJ** 172/159 – **RTJ** 180/262-264 – **RTJ** 187/933-934 – **RTJ** 193/1050, *v.g.*), **torna-se importante destacar** um aspecto *relevantíssimo* **concernente** ao processo decisório **que deve ocorrer** em *“ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”*.

Nesse contexto, **e embora jamais deixando de reconhecer que todos** os cidadãos da República **têm direito** à livre expressão de suas ideias e pensamentos, **torna-se necessário advertir** que, **sem prejuízo** da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento jurídico-normativo, **os julgamentos** do Poder Judiciário, **proferidos em ambiente de serenidade**, **não podem** deixar-se contaminar, *qualquer que seja o sentido pretendido*, **por juízos paralelos** resultantes de manifestações da

opinião pública **que objetivem** condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, **pois, se tal pudesse ocorrer, estar-se-ia a negar** a qualquer acusado em processos criminais o direito fundamental a um julgamento justo, **o que constituiria manifesta ofensa** não só ao que proclama a própria Constituição, **mas, também, ao que garantem** os tratados internacionais de direitos humanos **subscritos** pelo Brasil **ou** aos quais o Brasil aderiu.

É preciso que fique claro, Senhora Presidente, que **esta** Suprema Corte **não julga** em função da qualidade das pessoas **ou** de sua condição econômica, política, social ou funcional.

Este julgamento **transcende** a figura pessoal da parte interessada, *o ora paciente*, **pois refere-se ao exame de um direito fundamental** – **que traduz** *relevantíssima conquista histórica da cidadania* em face do Estado – **sempre combatido** por regimes despóticos **e contestado** por mentes autoritárias, **vocacionado a amparar** qualquer cidadão da República **contra** práticas arbitrárias, **independentemente** da natureza do delito pelo qual esteja sendo processado **ou** pelo qual tenha sido condenado, **ainda mais se se considerar**, como observa GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 28, item n. 1.1, 1998, Celso Bastos Editor), que “A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”.

Daí a advertência feita por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (“O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória”, p. 185 e ss., nota 37, 1987), **que reconhece a essencialidade da presunção de inocência** como prerrogativa básica que compõe o estatuto constitucional de defesa daqueles que sofrem persecução estatal **e cujos direitos**, impregnados de um sentido de fundamentalidade, **muitas vezes veem-se expostos** a práticas estatais **ditadas por razões fundadas em visões autoritárias** **que exprimem a filosofia da lei e ordem ou que, muitas vezes,**

aproximam-se, perigosamente, das concepções próprias do direito penal do inimigo:

“(...) é de resto um facto amplamente comprovado nos países mais dados a estudos de sociologia processual penal (...) que sempre que, através de campanhas de ‘luta contra o crime’ e de ‘manutenção da ordem’ ‘a todo o custo’, levadas a cabo por entidades oficiais e secundadas pelos meios de informação, se abala a presunção de inocência do acusado até à condenação, o efeito necessário é a permissão de um sistema informal de ‘justiça penal sem julgamento’ onde, é claro, sofrem irreparável dano as liberdades e garantias do cidadão. Por isso não apresenta qualquer dúvida para mim que aquela ‘presunção’ pertence aos princípios fundamentais de qualquer processo penal em um Estado-de-direito (...).” (grifei)

O Supremo Tribunal Federal **possui** a exata percepção dessa realidade **e tem**, por isso mesmo, **no desempenho** de suas funções, **um grave compromisso** na preservação da intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência** de grupos, instituições ou estamentos **prevaleçam e deformem** o significado da própria Lei Fundamental.

*Nesse contexto, **incumbe** aos magistrados e Tribunais, **notadamente** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, **o desempenho** dos deveres que lhes são inerentes, **entre os quais avultam**, por seu **inquestionável** relevo, **o de velar** pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, **o de repelir** condutas governamentais abusivas, **o de conferir** prevalência à essencial dignidade da pessoa humana **e o de neutralizar** qualquer ensaio de opressão estatal.*

Torna-se de vital importância reconhecer, por tal razão, que o Supremo Tribunal Federal – **que é o guardião** da Constituição **por expressa delegação do poder constituinte** – **não pode renunciar** ao exercício desse

encargo, **pois**, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República **pode submeter** a Constituição *a seus próprios* desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou**, *ainda*, a avaliações discricionárias **fundadas em razões** *de conveniência ou de pragmatismo*, **eis que** a relação *de qualquer* dos Três Poderes com a Constituição **há de ser**, *necessariamente*, **uma relação de incondicional respeito**, *sob pena* de juízes, legisladores e administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito *em uma promessa frustrada* **pela prática autoritária do poder**.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, *porque nada recompõe os gravíssimos efeitos* que derivam **do gesto de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental, **como adverte** KONRAD HESSE (“A Força Normativa da Constituição”, p. 22, 1991, **tradução** de Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor).

É que uma Constituição democrática – muito mais do que um estatuto de organização do poder e de garantia das liberdades públicas – **reveste-se de alta significação emblemática**, pois representa a expressão **mais intensa** do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, **nela concentrando-se o modelo legitimador** das práticas governamentais e do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

Tenho salientado, *bem por isso*, **em diversas decisões que proferi** no Supremo Tribunal Federal, **que os desvios inconstitucionais** do Estado **no exercício** do seu poder de persecução e de punição em matéria criminal **geram**, *na ilegitimidade desse comportamento do aparelho*

governamental, **efeitos perversos** que deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

Essa é a razão pela qual, Senhora Presidente, tem sido constante e inalterada a minha posição, no Supremo Tribunal Federal, **em torno** da questão referente ao alcance e ao conteúdo da presunção de inocência.

Para não recuar muito no tempo, Senhora Presidente, **localizei acórdãos meus**, de que fui Relator, **que datam** de 1989, 1996, 2000 e 2004, entre muitos outros, **proferidos em períodos nos quais** – assinale-se – o ora paciente **sequer** era Presidente (1989, 1996 e 2000) **ou, então, em momento** (2004) **no qual** nem mesmo existiam as operações referentes ao “Mensalão” e à “Lava-Jato”.

Vê-se, desse modo, que há quase 29 (vinte e nove) anos tenho julgado a controvérsia ora em exame **sempre** no mesmo sentido, **ou seja, reconhecendo**, expressamente, **com fundamento na presunção de inocência, que as sanções penais somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando**, quanto a elas, **a possibilidade** de execução provisória, **em razão** de as penas **impostas** ao condenado, a qualquer condenado, **dependerem**, para efeito de sua efetivação, **do trânsito em julgado** da sentença que as aplicou, **eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir e de comportar-se, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes já houvessem sido condenados definitivamente** por sentença do Poder Judiciário (**HC 67.707/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989 – **HC 73.338/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 13/08/1996 – **HC 79.812/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 08/11/2000 – **HC 84.859/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 14/12/2004, v.g.).

É interessante observar, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, *em diversos outros julgamentos*, sempre tendo em consideração *a presunção de inocência*, tal como formalmente positivada em nossa *Lei Fundamental*, reconheceu, neste *E. Plenário*, que a regra legal inscrita no art. 393 do CPP, **hoje derogada** pela Lei nº 12.403/2011, **por revelar-se** materialmente incompatível com a vigente Constituição Federal (art. 5º, LVII), **não foi recebida** pela nova ordem constitucional, **como observa** RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 1.092, item n. 1, 2ª ed., 2017, JusPODIVM):

“(…) em sua redação original, o art. 393 do CPP dispunha serem efeitos da sentença condenatória ‘recorrível’ ser o acusado preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança, além da inclusão de seu nome no rol dos culpados. Este rol dos culpados é um livro cartorário destinado à inclusão do nome de condenados, sua qualificação e referência ao processo em que foi proferida sentença condenatória. Tais dispositivos sempre foram tidos pela doutrina como não recepcionados pela Constituição Federal, porquanto contrários à regra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência. Com o advento da Lei n. 12.403/11, houve a revogação expressa do art. 393. Destarte, conclui-se que, nos mesmos moldes que o cumprimento da pena, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (grifei)

Observo, por relevante, **que essa orientação sempre teve o beneplácito de ambas** as Turmas deste Supremo Tribunal (**HC 80.174/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **HC 80.535/SC**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.), **valendo referir**, por expressivo desse entendimento, **o seguinte julgado**:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PENA DE DEMISSÃO. CABIMENTO.

C.F., art. 5º, LXVIII. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO: IMPOSSIBILIDADE. C.F., art. 5º, LVII. LANÇAMENTO DO NOME DO RÉU NO ROL DOS CULPADOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE.

.....
III. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedentes.

IV. – ‘H.C.’ conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido parcialmente para que o nome do paciente seja retirado do rol dos culpados, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.”

(HC 82.812/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

O E. Plenário do Supremo Tribunal Federal, de outro lado, também com apoio na presunção constitucional de inocência, formulou juízo negativo de recepção do § 1º do art. 408 do CPP, na redação anterior à Lei nº 9.033/1995, no ponto em que mencionada regra legal – hoje constante do § 1º do art. 413 do CPP, nos termos da Lei nº 11.689/2008 – determinava que o Juiz, ao pronunciar o acusado no procedimento penal do Júri, ordenasse o lançamento do nome do réu no rol dos culpados:

“– O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção ‘juris tantum’ de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

A norma inscrita no art. 408, § 1º, do CPP – que autoriza o juiz, na prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – está derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5º, LVII).

*A expressão legal 'rol dos culpados' não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas **já definitivamente** condenadas."*

(HC 69.696/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Posta a questão nesses termos, não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o "status poenalis" do condenado.

Extremamente valioso o magistério do eminente Advogado Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, **ilustre Professor** de Direito Penal nas "Arcadas" (Faculdade de Direito da USP), **quando**, ao referir-se à controvérsia **em torno** da denominada "*execução provisória da pena*" (**Conjur**, edição de 23/02/2016), **expende** considerações **extremamente** relevantes, **especialmente** no ponto em que assim se pronuncia:

*"A Constituição Federal dita que 'ninguém será considerado culpado antes do **trânsito em julgado** de sentença penal condenatória' (CF, artigo 5º, LVII, sem grifos). Para alguns, tal dispositivo **consagra** a presunção de inocência. Para outros, a presunção de não culpabilidade. Nomes à parte, o texto constitucional é claro ao dispor que **sem** trânsito em julgado **não há culpa**.*

*No plano legal, o artigo 283 do Código de Processo Penal expressa que 'ninguém poderá ser preso senão em virtude de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva'.*

Não se trata de dispositivo antigo. A atual redação do artigo 283 do CPP foi aprovada em 2011. O anteprojeto que lhe deu origem foi subscrito, ainda em 2001, por ninguém menos que

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Scarance Fernandes, Petrônio Calmon Filho, Miguel Reale Jr., Luiz Flávio Gomes, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti. Na Exposição de Motivos, consta o seguinte trecho:

'O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema (...) Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são (...) d) impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar' (...).

A justificativa do Poder Executivo à época (2001) para o projeto também é clara:

'Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.' (...)

Assim, lei e Constituição eram – e ainda são – harmônicas. Somente há culpa, e, portanto, prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o fim do processo, após o julgamento de todos os recursos. Chega-se a isso com a interpretação literal, com a interpretação histórica e com a interpretação sistemática.

Por isso, antes do julgamento definitivo, é possível restringir direitos do réu diante de tumulto processual

(destruição de provas, aliciamento de testemunhas), **da reiteração** de condutas delitivas, ou de indício concreto de possibilidade de fuga. **Fora disso, ele é inocente – ou não culpado – e como tal deveria ser tratado.**

.....
Há quem diga – e muitos o fazem – **que a decisão é importante porque os réus usam recursos demais, postergam** o final do processo **e**, com isso, **geram impunidade** pela prescrição. **Aqui, duas ponderações:**

Uma: se os recursos **estão previstos** em lei, **devem ser usados**. Se não o forem, o advogado **infringe** seus deveres profissionais por assistir de forma inepta ao seu cliente. **Duas:** a mesma legislação **prevê filtros** para o exagero recursal, como a necessidade de demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário e a possibilidade de decisão monocrática no recurso especial quando a tese já esteja sedimentada em sentido contrário ao pretendido.

Porém, ainda que se insista que existem recursos demais, esse é um problema da lei. Poderia o legislador **restringir** as hipóteses de recursos especiais e extraordinários, **ampliar** seus requisitos, **dificultar** sua interposição, como propôs o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso **em anteprojeto** de emenda constitucional. Assim, o processo terminaria mais cedo e seria possível executar a pena sobre culpados, sobre decisões **transitadas** em julgado.” (grifei)

Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “status poenalis”, a ostentar a condição de culpado.

Cumpra também esclarecer, ainda, *por necessário*, que a presunção de inocência não impede a imposição de prisão cautelar, em suas diversas modalidades (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão resultante de decisão de pronúncia e prisão fundada em condenação penal recorrível), tal como tem sido reiteradamente reconhecido, desde 1989, pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal:

“PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE – GARANTIA EXPLÍCITA DO IMPUTADO – CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS – COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL.

– O princípio constitucional da não-culpabilidade, que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo, impede que se atribuam à acusação penal conseqüências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irrecorrível. Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, é meramente relativa ('juris tantum'). Esse princípio, que repudia presunções contrárias ao imputado, tornou mais intenso para o órgão acusador o ônus substancial da prova. A regra da não-culpabilidade – inobstante o seu relevo – não afetou nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade.”

(HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989)

“PRISÃO PROCESSUAL. NÃO A IMPEDE O ART. 5º, ITEM LVII, DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o disposto no item LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao dizer que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de

sentença penal condenatória', não revogou os dispositivos do Código de Processo Penal que preveem a prisão processual."

(HC 67.841/SC, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 05/04/1991 – grifei)

"PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL.

– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgride o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado – satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes – encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes.

– A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao 'status libertatis' do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que 'Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas', admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes.

– O Supremo Tribunal Federal – embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos

judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a demonstração – apoiada em decisão impregnada de fundamentação substancial – que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva do ‘status libertatis’ do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual.”

(HC 89.754/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, ao contrário do que se tem erroneamente divulgado, que a prisão cautelar, como a prisão preventiva e a prisão fundada em condenação meramente recorrível, pode ser imposta, sim, aos réus antes mesmo de sua eventual condenação ou do trânsito em julgado de sentença condenatória, eis que – insista-se – a prisão cautelar não tem por fundamento um juízo de culpabilidade, pois, como ninguém o ignora, a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) – que não se confunde com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) – não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Na realidade, a prisão cautelar constitui instrumento destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal” (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – revela-se compatível com a presunção constitucional de inocência. Tanto que, como já salientado, a própria Constituição possibilita a prisão em flagrante ou aquelas decorrentes de ordem, escrita e fundamentada, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei.

Não constitui demasia assinalar, de outro lado, que o conceito de presunção de inocência, notadamente quando examinado na perspectiva do ordenamento constitucional brasileiro, deve ser considerado nas múltiplas dimensões em que se projeta, valendo destacar, por expressivas, como registra PAULO S. P. CALEFFI (“Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil”, p. 24/50, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.4, 2017,

Lumen Juris), **as seguintes abordagens** que esse postulado constitucional enseja: **(a) a presunção de inocência como norma de tratamento, (b) a presunção de inocência como norma probatória e (c) a presunção de inocência como norma de juízo.**

É por essa razão, acentua esse eminente Advogado gaúcho (“op. cit.”, p. 49, item n. 1.4), **que, “(...) desde os primeiros momentos da investigação preliminar, havendo um juízo de atribuição de conduta criminosa a alguém, o princípio da presunção de inocência protegerá o imputado com toda a amplitude exigida pela Constituição, seja como ‘norma de tratamento’, ‘norma probatória’ ou ‘norma de juízo’ (ou também como ‘regra de fechamento’), assegurando que tão importante garantia não se torne mera retórica em nosso cotidiano jurídico” (grifei), a significar, portanto, que o direito fundamental de ser presumido inocente, nos precisos termos em que vem proclamado e assegurado por nossa Carta Magna, não deve expor-se, sob pena de frontal transgressão à autoridade da Constituição da República, a quaisquer “interpretações flexibilizadoras do seu conteúdo e da extensão dos seus efeitos”.**

Vale enfatizar, neste ponto, que o magistério do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a presunção de inocência como norma probatória, tem reiteradamente advertido que as acusações penais **não se presumem** provadas, **pois** – como tem reconhecido a jurisprudência desta Corte – **o ônus da prova** referente aos fatos constitutivos da imputação penal **incumbe, exclusivamente, a quem acusa.**

Isso significa que não compete ao réu demonstrar a sua própria inocência. **Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca,** em plenitude, **para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).**

É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte enfatiza, bem por isso, com particular veemência, que “Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído” (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado, nos processos por delitos contra a segurança nacional, o dever de provar, em sede penal, que não era culpado!!!

Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, como se vê da parte inicial de seu texto: “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)” (grifei).

Há a considerar, ainda, a presunção de inocência como norma de tratamento. No que concerne a essa outra perspectiva, cumpre rememorar o entendimento que o Supremo Tribunal Federal tem adotado ao longo de sua prática jurisprudencial, sempre enfatizando que o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível (HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 105.556/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo ou juridicamente a este equiparado, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem

que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes."

(HC 115.613/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

São consequências que emanam **diretamente** da presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, a **proibição** de prisões cautelares compulsórias (**como já ocorreu**, em nosso sistema normativo, com a prisão preventiva obrigatória) e a **impossibilidade constitucional de execução provisória** da condenação criminal.

Como anteriormente enfatizado, a postulação ora deduzida nesta causa **busca impedir a execução provisória** da condenação penal **meramente** recorrível, imposta ao ora paciente, por revelar-se esse procedimento **incompatível** com a cláusula constitucional **assecuratória do direito fundamental à presunção de inocência**, tal como contemplado no art. 5º, **inciso LVII**, da Constituição da República, que acolheu, de modo inequívoco, o critério do trânsito em julgado.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, **a partir** da decisão proferida no HC 126.292/SP e **com apoio** em sucessivos julgados emanados do Plenário desta Corte Suprema (**ADC 43-MC/DF e ADC 44-MC/DF**), **inclusive em sede de repercussão geral** (**ARE 964.246-RG/SP**), **veio a firmar orientação no sentido da legitimidade constitucional** da execução provisória da pena.

Ao participar dos julgamentos **que consagraram** os precedentes referidos, **integrei a corrente minoritária**, por entender que a tese da

execução provisória de condenações penais ainda recorríveis **transgride**, de modo frontal, a **presunção constitucional de inocência**, que só deixa de subsistir ante o trânsito em julgado da decisão condenatória (CF, art. 5º, LVII).

Antes desse momento, portanto – é preciso advertir –, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus como se culpados fossem. A **presunção de inocência impõe**, desse modo, ao Poder Público **um dever de tratamento** que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades, **como vinha advertindo**, em sucessivos julgamentos, esta Corte Suprema (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 124.000/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 126.846/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 130.298/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.):

“(…) O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem**.

Mesmo que se trate de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** – por efeito **de insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade**.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes."

(HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Penso ser importante, pois, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção de inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor ao cidadão restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.

O fato irrecusável, Senhora Presidente, é que, em nosso sistema jurídico e em face de expressa formulação constitucional, a inocência é sempre presumida. Trata-se de presunção "juris tantum", de caráter relativo, que subsiste temporariamente, até que se consume o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Toda e qualquer pessoa deve ser presumida inocente até que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade em sede de condenação penal transitada em julgado.

São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo e real trânsito

em julgado de sua condenação criminal, *tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República* (CF, art. 5º, LVII).

Tenho-me indagado, por isso mesmo, Senhora Presidente, **quantos valores essenciais** consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege **precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal?**

Até quando dados meramente estatísticos **poderão autorizar** essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, **gravíssima e frontal transgressão** ao direito fundamental de ser presumido inocente?

É possível, Senhora Presidente, a uma sociedade livre, **apoiada** em bases genuinamente democráticas, **subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais** tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, **como aquele** que assegura a qualquer pessoa a **insuprimível** prerrogativa de sempre ser considerada inocente **até** que sobrevenha, *contra ela*, sentença penal condenatória **transitada** em julgado?

Entendo, presentes tais razões, **tal como já sustentei** em julgamentos anteriores neste Tribunal, **que a majestade** da Constituição **não pode** ser transgredida **nem** degradada **pela potestade do Estado, pois**, em um regime de perfil democrático, **ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode** pretender-se *acima e além do alcance da normatividade subordinante* dos grandes princípios **que informam e dão essência** à Lei Fundamental da República.

Já afirmei nesta Corte que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir** os litígios penais, **quaisquer** que sejam, **respeitará, sempre, como é da essência** do regime democrático, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República **assegura a qualquer acusado, notadamente o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual**

*condenação criminal, **observando**, em todos os julgamentos, **além do postulado** da impessoalidade e do distanciamento crítico em relação a todas as partes envolvidas no processo, os parâmetros legais e constitucionais que regem, em nosso sistema jurídico, os procedimentos de índole penal.*

*É **preciso repelir**, desse modo, a **tentação autoritária** de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.*

*Este **julgamento**, por isso mesmo, Senhora Presidente, **impõe**, uma vez mais, como enfatizei no início deste voto, que se proceda a **reflexões** sobre o papel institucional, sobre as funções constitucionais e sobre a responsabilidade política e social do Supremo Tribunal Federal **no contexto** do processo de consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática em nosso País e, mais diretamente, **no plano da construção de uma jurisprudência das liberdades concebida e formulada** em favor dos direitos e garantias da pessoa humana.*

***Não se pode desconhecer** que o Poder Judiciário **assume**, na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, **significativo relevo** político, jurídico e social, **pois não há**, na história das sociedades políticas, **qualquer** registro de um Povo que, **despojado de juízes e Tribunais independentes**, **tenha conseguido** preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.*

***Eventual inefetividade** da jurisdição penal **ou** do sistema punitivo **motivada** pela prodigalização de meios recursais, **culminando** por gerar no meio social a sensação de impunidade, **não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente**, **pois não é essa** prerrogativa básica **que frustra** o sentimento de justiça dos cidadãos **ou** que **provoca** qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário.*

A **solução** dessa questão, que não guarda pertinência – *insista-se* – com a presunção constitucional de inocência, **há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios** que, **adotados** pelo Poder Legislativo, **confirmam** maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, **mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração** de um dos direitos fundamentais **a que fazem jus** os cidadãos desta República **fundada** no conceito de liberdade **e legitimada** pelo princípio democrático.

A **posição** *que vem prevalecendo* nesta Corte **reflete** – *e digo isto com todo o respeito* – **preocupante inflexão hermenêutica**, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal **no plano sensível** dos direitos e garantias individuais, **retardando**, em minha percepção, **o avanço** de uma significativa agenda judiciária **concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País.

Ninguém desconhece, Senhora Presidente, **que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica** dos cidadãos em sua **permanente** luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

Já se escreveu, Senhora Presidente – **e aqui me refiro** a um texto de Sérgio Azevedo **publicado** em 02/04/2018 (<https://ionline.sapo.pt>) –, **que a questão da presunção de inocência**, “com origem remota no direito romano, com as regras probatórias que constam do Digesto, na Bíblia – Livro de Deuterônômio – e no direito comum medieval, continua ainda hoje a ser um tema tanto fulcral como controverso no seu conteúdo e contornos. **A sua consagração explícita** num texto legal **apenas foi conseguida** com a Revolução Francesa de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, **profundamente influenciada pela obra de Beccaria** (‘Dos Delitos e das Penas’, **que Voltaire apelidou de ‘Código da Humanidade’**), **não só no pensamento jurídico europeu, mas também no pensamento jurídico norte-americano**, transferindo-se esta perspectiva para alguns textos internacionais **como a Declaração Universal dos Direitos do Homem** (art. 11

n. 1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14 n. 2), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (art. 48 n. 1)” (grifei).

Na realidade, **a presunção de inocência**, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, **constitui** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes**, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), **embora**, segundo outros autores, **o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando**, sob o influxo das ideias iluministas, **veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, **na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia** (1776).

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, **projetou-se**, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, **cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência**, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhora Presidente, **que a presunção de inocência**, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias **ou** por regimes autocráticos **que absurdamente preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, **tem prevalecido**, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, **no contexto** das sociedades civilizadas, **como valor fundamental e exigência básica** de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação** aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, **proclamou**, em seu art. 11, **que todos**, sem exceção, **presumem-se inocentes**.

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

É certo que esses importantes documentos internacionais, como aqui já foi assinalado, embora proclamem a presunção de inocência, não estabelecem, contudo, quanto a ela, a exigência do trânsito em julgado.

Em nada altera o exame da questão, no entanto, se se atribuir aos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos qualificação constitucional, conferindo-lhes, em consequência, no plano hierárquico-normativo, posição idêntica à das normas internas de direito constitucional.

Não questiono essa posição, que expressamente acolho, por também reconhecer, com fundamento em expressivas lições doutrinárias (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; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Curso de Direito Internacional Público**", p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT; LUIZ FLÁVIO GOMES, "**Estado Constitucional de Direito e a nova pirâmide jurídica**", p. 30 e ss., 2008, São Paulo, Premier Máxima, v.g.), que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, hierarquia constitucional, muito embora seja diversa a orientação firmada pela jurisprudência desta Corte Suprema, que adotou, quanto a tais convenções internacionais, o critério da suprallegalidade (RE 349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, v.g.).

Cabe observar, no entanto, mesmo que se acolha a relação de paridade entre os tratados que venho de referir e a própria Lei Fundamental brasileira, e sempre que se registrar colisão entre convenções internacionais de direitos humanos, de um lado, e o direito interno dos Estados nacionais, de outro, que se torna essencial viabilizar o diálogo entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, em ordem a superar eventuais situações de conflito na interpretação e aplicabilidade das cláusulas fundadas em qualquer daqueles ordenamentos normativos, notadamente quando os estatutos em confronto – tanto aqueles de direito internacional público quanto os de direito interno – referirem-se ao tema sensível dos direitos da pessoa humana.

Não se pode desconhecer, bem por isso, em ocorrendo eventual situação de antinomia, que, em tema de interpretação de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, há de prevalecer, sempre, a cláusula mais favorável, tal como ressalta o magistério doutrinário (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Curso de Direito Internacional Público**", p. 302/303, item n. 15, 4, e, 9ª ed., 2015, RT; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, "**Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**", p. 146/149, item n. 3, e, 2004, Renovar; ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, "**Tratado de Direito Internacional**

dos Direitos Humanos”, vol. I/434-436, itens ns. 55/59, 1997, Fabris) e acentua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 90.983/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.361/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 32.752-AgR/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“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 de 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 de 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 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia lembrar, de outro lado, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, no caso ora em exame, está a analisar e a

interpretar uma cláusula fundamental da Constituição do Brasil, cujo texto, ao referir-se ao postulado do estado de inocência, exige e impõe o requisito adicional do trânsito em julgado, cuja previsão – ausente nas convenções internacionais de direitos humanos acima referidas – confere, na perspectiva do direito interno brasileiro, maior intensidade à proteção jurídica fundada no reconhecimento da presunção de inocência, o que torna plenamente invocável, na espécie, o critério da norma mais favorável, que é aquela inscrita no inciso LVII do art. 5º de nossa Carta Política, que faz cessar a presunção de não culpabilidade – insista-se – somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É por isso que se justifica a asserção, Senhora Presidente, de que a repulsa à presunção de inocência, por mergulhar suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada pela Constituição da República e que se mostra, por isso mesmo, *absolutamente indevida e arbitrária!*

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram, no entanto, os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, finalmente, a refletir o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas

totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, responsáveis, entre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção segundo a qual não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, *com exatidão*, essa posição nitidamente autocrática, que repudia “*A chamada tutela da inocência*” e que vê na “*pretendida presunção de inocência*” algo “*absurdamente paradoxal e irracional*” (“*op. cit.*”, p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhora Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases *genuinamente* democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “*ex parte principis*”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e *gravíssima*) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse, enquanto não transitada em julgado sentença penal condenatória contra ele proferida.

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade, natureza ou hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma

hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

É por isso, Senhora Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder

*Público de agir e de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.**"*

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade, de penas restritivas de direitos ou, até mesmo, de simples pena de multa.

Coerentemente com esse entendimento, tenho proferido decisões, no Supremo Tribunal Federal, que bem refletem a posição por mim ora exposta, como se vê, p. ex., de decisão cuja ementa a seguir reproduzo:

*"– **A privação cautelar da liberdade individual** – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – **não se destina** a infligir punição antecipada à pessoa **contra quem** essa medida excepcional é decretada **ou** efetivada. **É que** a idéia de sanção **é absolutamente estranha** à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), **que não se confunde** com a prisão penal ('carcer ad poenam'). **Doutrina. Precedentes.***

*– **A utilização** da prisão cautelar **com** fins punitivos **traduz** deformação desse instituto de direito processual, **eis que o desvio arbitrário** de sua finalidade **importa** em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. **Precedentes.***

.....
*– **A recusa** em responder ao interrogatório policial **e/ou** judicial e a **falta de cooperação** do indiciado ou do réu **com** as autoridades*

que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

– O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’. Medida cautelar deferida.”

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE de 15/10/2008)

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada da presunção de inocência, tal como vem ela definida em nossa Constituição, cujo

art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), **estabelece**, de modo inequívoco, que a presunção de inocência **somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa ou no Reino da Espanha, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, **ao contrário** da nossa, **não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo porque não contêm** cláusula como aquela inscrita em nosso texto constitucional **que faz cessar a presunção de inocência somente** em face da definitiva irrecorribilidade da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII), **o que revela ser mais intensa**, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental.

Assinalo, para efeito de mero registro, que a exigência de trânsito em julgado da condenação penal **não representa singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois também encontra correspondência, no plano do direito comparado, na Constituição da República Italiana (art. 27) e na Constituição da República Portuguesa (art. 32, n. 2), como se pode ver do conteúdo normativo dos preceitos inscritos nos textos de referidas Constituições:**

Constituição Italiana

“Art. 27 – A responsabilidade penal é pessoal.

O imputado não é considerado réu até condenação definitiva.

As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.

Não é admitida a pena de morte.” (grifei)

Constituição Portuguesa

“Artigo 32º – Garantias de processo criminal

.....
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.” (grifei)

É importante ter presente a lição magistral de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Professor de Direito e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ao tratar da proteção dos direitos da pessoa humana no processo penal português, consideradas as grandes e transformadoras inovações introduzidas pela Constituição daquele País, promulgada, *democraticamente*, em 1976, após a queda da ditadura salazarista (“Revista Brasileira de Direito Processual”, vol. 26/51-72, p. 57, 1981):

“As duas normas constitucionais mais importantes neste domínio são o art. 32, 1, proclamando que ‘o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa’, e o art. 32, 2, segundo o qual ‘todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação’. Daqui resulta que toda a lei ordinária que afete o ‘conteúdo essencial’ (art. 18, 2) destas garantias padeça de inconstitucionalidade material.

1. *O conteúdo essencial do ‘princípio da presunção de inocência do arguido’ é praticamente incontestado na jurisprudência e na doutrina portuguesas. Reconhecem elas que, segundo este princípio, ‘ninguém pode ser processado a não ser nos casos previstos pela lei e de acordo com as formas que ela prescreve; ninguém pode ser julgado sem ter sido regularmente citado e chamado ao processo; e que, enquanto o arguido não for declarado culpado por decisão com força de coisa julgada, é reputado inocente – ainda que daqui se não possa concluir pela ilegitimidade da utilização de meios coativos sobre ele, a exemplo da prisão preventiva.’ (grifei)*

Essa **mesma** visão doutrinária a respeito da presunção constitucional de inocência no Direito português – cuja **Lei Fundamental**, nesse específico ponto, veio a ser virtualmente reproduzida pelo constituinte brasileiro **no inciso LVII** do art. 5º de nossa Constituição – **reflete-se** em julgamentos **proferidos não pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, mas, sim, pelo Tribunal Constitucional daquele país**, órgão incumbido da guarda, defesa e interpretação da Carta Política da República Portuguesa (**Acórdão nº 273/2016**, Rel. Conselheiro FERNANDO VENTURA, v.g.):

“2 – O artigo 32º da Constituição, que define os mais importantes princípios materiais do processo criminal e consagra as garantias que lhe são próprias, dispõe assim no nº 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.

Hoje em dia, deve ter-se por restritivo o entendimento tradicional do princípio da presunção de inocência do arguido em termos de o equiparar ao princípio ‘in dubio pro reo’. Com efeito, para além de uma regra válida em matéria de prova, é irrecusável que o princípio consagrado naquela norma constitucional contém implicações ao nível do próprio estatuto ou da condição do arguido em termos de, seguramente, tornar ilegítima a imposição de qualquer ónus ou a restrição de direitos que, de algum modo, representem e se traduzam numa antecipação da condenação.”

(Acórdão nº 123/92, Rel. Conselheiro MONTEIRO DINIZ – grifei)

Quando esta Suprema Corte, **apoiando-se** na presunção de inocência e **adstringindo-se** à estrita textualidade da cláusula constitucional que a

contempla, **afastou**, em 2009, a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal (HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, Pleno), **nada** mais fez, em tal julgamento, **senão** dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental **que assiste** a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal **irrecorrível**.

Por isso mesmo, impõe-se repelir, vigorosamente, **os fundamentos** daqueles que, **apoiando-se** em autores como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, **vislumbram** algo “absurdamente paradoxal e irracional” na “pretendida presunção de inocência” (**a frase** é de Manzini).

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, **não inviabiliza**, como anteriormente enfatizado, a decretação de prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus, **pois expressamente reconhece**, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, **em ordem a preservar e proteger** os interesses da investigação criminal e do processo penal.

A jurisprudência que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta**, em sua formulação, **a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação** é legitimada pelo dever institucional, que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República.

O que se mostra relevante, bem por isso, Senhora Presidente, tal como já decidiu esta Suprema Corte a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, **que se projeta**, até mesmo, **em domínio extrapenal** (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 741.101-AgR/DF, Rel. Min. EROS GRAU – ARE 915.004-AgR/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ARE 847.535-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO –

RE 450.971-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 482.006/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.066.072-AgR/AC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **é a preocupação com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, *prematuramente*, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, *desde logo*, **indevidamente** tratadas, pelo Poder Público, *como se culpadas fossem*, **porque presumida**, por *arbitrária antecipação fundada* em juízo de mera suspeita, a **culpabilidade** de quem figura, em processo penal, **como simples réu!**

Daí a advertência de MÁRIO TORRES, *autor português* de trabalho sobre o aspecto ora ressaltado (“**Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais**”, “*in*” “Revista do Ministério Público”, vols. 25/119 e 26/161):

*“A **sujeição** do argüido a **uma medida** que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação **viola**, intoleravelmente, a ‘presunção de inocência’ que lhe é constitucionalmente garantida **até** a sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á, justamente, numa ‘presunção de culpabilidade’. É porque se julga o argüido culpado – antes de a sua culpa ser firmada em sentença **transitada** – que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (eventualmente a descontar na pena definitiva).” (grifei)*

Foi por essa razão **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido sob a égide da Carta Política de 1967 – que **não** previa, *de modo explícito*, o direito fundamental à presunção de inocência, **reconhecido**, no entanto, por esta Corte, **como imanente** ao sistema constitucional (art. 150, § 35) –, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67 (a antiga Lei de Segurança Nacional), **no ponto** em que essa regra legal **impunha** ao réu, **como efeito automático** da prisão em flagrante delito **ou** do mero recebimento da denúncia, a “**suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada (...), até a**

sentença absolutória” (HC 45.232/GB, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, RTJ 44/322 – grifei).

Há, portanto, *segundo penso*, **considerado** o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **um momento**, *claramente definido no texto constitucional*, **a partir** do qual se descaracteriza a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal**. **Antes** desse momento, *cabe advertir*, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados já fossem*. **A presunção de inocência impõe**, *desse modo*, ao Poder Público **um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades.

Acho importante referir, de outro lado, *por necessário*, que a presunção de inocência *não se esvazia progressivamente*, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, *portanto*, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, *em favor do sentenciado*, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, *em texto inequívoco*, a Constituição da República.

Enfatizo, ainda, que o “*status poenalis*” **não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral **e** dos cidadãos em particular. **Essa opção do legislador constituinte** (*pelo reconhecimento do estado de inocência*) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, *comum a todas as pessoas*, **de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente sentença penal condenatória transitada em julgado**.

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal **tem repellido**, *por incompatíveis com esse direito fundamental*, **restrições** de

ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais.

Indiscutível, desse modo, *segundo penso, que o pressuposto legitimador* das sanções de direito penal, notadamente a efetivação executória da pena privativa de liberdade, é a existência da coisa julgada penal, a significar que o ordenamento constitucional brasileiro (no ponto complementado pela legislação ordinária) – embora admitindo a utilização, pelo Estado, dos instrumentos de tutela cautelar penal (como, p. ex., a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão resultante de condenação criminal meramente recorrível), independentemente de decisão condenatória ou, até mesmo, do respectivo trânsito em julgado – não permite a antecipação executória da sanção penal, valendo relembrar, por oportuno, o magistério de CLAUS ROXIN a propósito da legislação alemã (“Derecho procesal penal”, p. 435, 2000, Buenos Aires, Editores del Puerto), em lição segundo a qual, “en contraposición con el proceso civil, en lo proceso penal no hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada” (grifei).

Incensurável, no ponto, o preciso e autorizado magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Comentário Contextual à Constituição”, p. 158, item n. 9, 9ª ed., 2014, Malheiros), ao discorrer, com absoluta clareza, sobre o direito fundamental de qualquer pessoa à presunção de inocência, considerado o que estritamente prescreve o texto da Lei Fundamental da República:

“Na verdade, o texto brasileiro não significa outra coisa senão que fica assegurada a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário. Essa garantia de inocência é que fundamenta a prescrição do inciso LXXV, segundo a qual ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’.” (grifei)

Mostra-se relevante acentuar, por isso mesmo, o alto significado que assume, em nosso sistema normativo, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, **culmina** por consagrar a segurança jurídica, **que traduz, na concreção de seu alcance, valor** de transcendente importância política, jurídica e social, **a representar** um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito.

Daí a correta observação de NELSON NERY JUNIOR e de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (“Código de Processo Civil Comentado”, p. 680, item n. 1, p. 685, item n. 23, e p. 687, itens ns. 27 e 29, 10ª ed., 2007, RT):

“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’). Entre o ‘justo absoluto’, utópico, e o ‘justo possível’, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (‘justo possível’), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.

.....
A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como ‘elemento de existência’ do Estado Democrático de Direito (...). A ‘supremacia da Constituição’ está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º ‘caput’), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que

lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito (...).

.....
'Desconsiderar' a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º 'caput').

.....
Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença 'justa' é o ideal – 'utópico' – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a 'segurança das relações sociais e jurídicas'. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada)." (grifei)

Não se ignora que a sentença, **enquanto** sujeita a recurso, *de natureza ordinária ou de caráter extraordinário*, **qualifica-se** como um ato estatal **essencialmente instável e provisório**, **caracteristicamente** reformável e **naturalmente dependente**, no desenvolvimento de seu integral conteúdo eficaz, **do trânsito** em julgado, **pois é deste fato processual** que resulta a especial qualidade que torna imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial.

É por isso que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V/234, item n. 136, 14ª ed., 2008, Forense), **ao analisar** a condição jurídica da sentença **sujeita** a recurso, **destituída**, portanto, da autoridade da coisa julgada, **põe em destaque o caráter instável** do título sentencial:

"(...) O grau de instabilidade, aqui, é obviamente muito maior: pode ser que o pronunciamento venha a prevalecer em caráter definitivo, se decorrer 'in albis' o prazo recursal, ou por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; mas, 'a priori', há pelo menos igual possibilidade de que a superveniência

de outro pronunciamento, em grau superior, retire ao primeiro toda a aptidão para cristalizar-se em 'res iudicata'." (grifei)

Não se pode desconhecer, portanto, quanto à sentença ainda recorrível, que se registra, quanto a ela, a possibilidade – que não é simplesmente teórica – de vir a ser reformada pelos Tribunais de segundo grau, inclusive por Cortes judiciárias superiores, como o próprio Tribunal Superior Eleitoral, ou o Superior Tribunal de Justiça (quando não se tratar de processos de natureza eleitoral), ou, ainda, o Supremo Tribunal Federal, atuando em sua condição de instância de superposição.

Essa exigência de irrecurribilidade atende à própria racionalidade do sistema de direito positivo, considerados os fundamentos que justificam a coisa julgada como um dos valores estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial) e destacar-lhe as origens históricas, relembrando – não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas – que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas (“*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*”, p. ex.), valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia, em benefício de quem era processado, verdadeiro “favor rei”, que enfatizava, ainda de modo incipiente, essa ideia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do “Ancien Régime”.

De qualquer modo, mesmo que não se considerasse o fundamento constitucional subjacente à presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal

excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.

Dá a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”
(grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifei)

É de assinalar-se, ainda, Senhora Presidente, que, em nosso sistema jurídico, nem mesmo uma simples pena de multa imposta em processo criminal pode ser executada sem que, antes, transite em julgado a sentença condenatória que a impôs, como deixa claro o art. 50 do Código Penal:

“Art. 50 – A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. (...)” (grifei)

Cabe lembrar, neste ponto, que também o Código de Processo Penal Militar, ao tratar da execução da sentença penal condenatória, expressamente determina que “Somente depois de passada em julgado

será exequível a sentença” (art. 592), **prescrevendo**, ainda, que, **tratando-se** da execução de pena **privativa** da liberdade **ou cuidando-se** da execução das penas principais **não privativas** da liberdade e das penas acessórias, **o trânsito em julgado** do ato sentencial que as impuser **qualificar-se-á como pressuposto necessário e legitimador** do cumprimento do título penal condenatório:

“Carta de guia

Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver prêso ou vier a ser prêso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.

.....
Das penas principais não privativas da liberdade e das acessórias

Comunicação

Art. 604. O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença transitada em julgado, que impuser a pena de reforma ou suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de posto, patente ou função, ou a exclusão das forças armadas.” (grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal **ou** de índole constitucional), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, **mesmo que se trate de simples pena de multa**, pode ser implementada **sem a existência** do indispensável título judicial definitivo, **resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

São essas as razões, Senhora Presidente, **que me levam a concluir, presente o que se contém** na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, **que o reconhecimento da tese** da “execução provisória” de uma condenação criminal (**antes, portanto**, do seu trânsito em julgado) **significa admitir-se, com toda a vênia, um equívoco totalmente inconstitucional e ilegal.**

*Na realidade, **somente** sociedades autocráticas **que não reconhecem** direitos básicos aos seus cidadãos **repudiam e desprezam** o direito fundamental *de qualquer* indivíduo **de sempre ser** considerado inocente **até que ocorra o definitivo trânsito em julgado** de sua condenação penal, **independentemente** do caráter (*hediondo ou não*) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado.*

Em suma: (1) a presunção de inocência *qualifica-se como direito público subjetivo*, de caráter fundamental, **expressamente contemplado** na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII); (2) o estado de inocência, *que sempre se presume*, **cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado** da condenação criminal, **não se admitindo**, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, **a antecipação ficta** do momento formativo da coisa julgada penal; (3) a presunção de inocência *não se reveste de caráter absoluto*, **em razão** de constituir presunção “*juris tantum*”, de índole **meramente** relativa; (4) a presunção de inocência *não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem* os graus de jurisdição, **pois só deixa de subsistir quando resultar configurado o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória; (5) o postulado do estado de inocência **não impede** que o Poder Judiciário utilize, *quando presentes os requisitos que os legitimem*, **os instrumentos de tutela cautelar penal, como as diversas modalidades de prisão cautelar (entre as quais, p. ex., a prisão temporária, a prisão preventiva ou a prisão decorrente de condenação criminal recorrível) ou, então, quaisquer** outras providências de índole cautelar **diversas** da prisão (CPP, art. 319); (6) a Assembleia Constituinte brasileira, *embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição)*, **optou, soberanamente, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado**; (7) a exigência de *trânsito em julgado* da condenação criminal, **que atua como limite inultrapassável à subsistência** da presunção de inocência, **não traduz singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois foi também** adotada pelas vigentes Constituições democráticas *da República Italiana de 1947*

(art. 27) e *da República Portuguesa de 1976* (art. 32, n. 2); **(8) a execução provisória** (ou antecipada) da sentença penal condenatória *recorrível*, **por fundamentar-se, artificialmente, em uma antecipação ficta** do trânsito em julgado, **culmina por fazer prevalecer, de modo indevido, um prematuro** juízo de culpabilidade, **frontalmente contrário** ao que prescreve o art. 5º, inciso LVII, da Constituição; **(9) o reconhecimento** da possibilidade *de execução provisória* da condenação criminal *recorrível*, **além de inconstitucional, também transgride e ofende** a legislação ordinária, *que somente admite* a efetivação executória da pena **após** o trânsito em julgado da sentença que a impôs (**LEP**, arts. 105 e 147; **CPPM**, arts. 592, 594 e 604), **ainda que se trate de simples multa criminal** (**CP**, art. 50, **LEP**, art. 164); e **(10) as convenções e as declarações internacionais de direitos humanos, embora reconheçam a presunção de inocência** como direito fundamental *de qualquer indivíduo, não estabelecem, quanto a ela, a exigência do trânsito em julgado, o que torna aplicável, configurada situação de antinomia* entre referidos atos de direito internacional público e o ordenamento interno brasileiro e **em ordem a viabilizar o diálogo harmonioso entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, o critério da norma mais favorável** (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 29), **pois a Constituição do Brasil, ao proclamar o estado de inocência em favor das pessoas em geral, estabeleceu o requisito adicional do trânsito em julgado, circunstância essa que torna conseqüentemente mais intensa a proteção jurídica dispensada àqueles que sofrem perseguição criminal.**

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. **E, ao fazê-lo, peço vênia para acompanhar, integralmente, o eminente** Ministro RICARDO LEWANDOWSKI e **deferir** o pedido de “*habeas corpus*”, **reafirmando, assim, no que concerne** ao pleito **deduzido** nesta impetração, *que a execução provisória (ou prematura) de sentença penal condenatória ainda sujeita a recurso, como sucede no caso, revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, ora paciente, de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado* de sua condenação

HC 152752 / PR

criminal, tal como expressamente assegurado a qualquer cidadão da República pela própria Constituição Federal (CE, art. 5º, LVII).

É o meu voto.

Em elaboração