

07/11/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO
FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. “O direito do cidadão ao governo honesto”: a corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa

Os elementos de informação *que vêm sendo coligidos* **ao longo** de diversos procedimentos de investigação penal **instaurados** no contexto da denominada “Operação Lava a Jato” **evidenciam que a corrupção** impregnou-se, *profundamente*, no tecido **e** na intimidade de algumas agremiações partidárias **e** das instituições estatais, **contaminando** o aparelho de Estado, **transformando-se** em método de ação governamental **e caracterizando-se** como conduta administrativa endêmica, **em claro** (e preocupante) **sinal de degradação** da própria dignidade da atividade política, **reduzida** por esses agentes criminosos **ao plano subalterno da delinquência institucional**.

O efeito imediato que resulta desses comportamentos alegadamente delituosos **justifica** o reconhecimento de que as práticas ilícitas perpetradas por referidos agentes **têm um só objetivo: viabilizar a captura das instituições governamentais por determinada organização criminosa, constituída** para dominar os mecanismos de ação governamental, **em detrimento** do interesse público **e em favor** de pretensões inconfessáveis **e lesivas aos valores ético-jurídicos que devem conformar, sempre**, a atividade do Estado.

Convenço-me, cada vez mais, Senhor Presidente, de que os fatos delituosos **objeto** de investigação **e** de persecução penais **no âmbito da “Operação Lava a Jato” nada mais constituem senão episódios criminosos** que, **anteriores, contemporâneos ou posteriores** aos do denominado

“Mensalão”, compõem um vasto e ousado painel revelador do assalto e da tentativa de captura do Estado e de suas instituições por uma organização criminosa, identificável, em ambos os contextos, por elementos que são comuns tanto ao “Petrolão” quanto ao “Mensalão”.

Daí a corretíssima advertência do eminente Professor CELSO LAFER, **para quem nenhum cidadão** poderá viver com dignidade **numa comunidade política corrompida**:

“Numa República, como diz Bobbio num diálogo com Viroli, o primeiro dever do governante é o senso de Estado, vale dizer, o dever de buscar o bem comum, e não o individual, ou de grupos; e o primeiro dever do cidadão é respeitar os outros e se dar conta, sem egoísmo, de que não se vive em isolamento, mas sim em meio aos outros.

É por essa razão que a República se vê comprometida quando prevalece, no âmbito dos governantes, em detrimento do senso de Estado, o espírito de facção voltado não para a utilidade comum, mas para assegurar vantagens e privilégios para grupos, partidos e lideranças. (...).

.....
Numa República, as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes de governantes e governados, que a elas dão vigência e eficácia. A ausência de bons costumes leva à corrupção (...), que significa destruição e vai além dos delitos tipificados no Código Penal. (...). A corrupção, num regime político (...), é um agente de decomposição da substância das instituições públicas.

O espírito público da postura republicana é o antídoto para esse efeito deletério da corrupção. É o que permite afastar a mentira e a simulação, inclusive a ideológica, que mina a confiança recíproca entre governantes e governados, necessária para o bom funcionamento das instituições democráticas e republicanas. (...).”
(grifei)

É por isso, Senhor Presidente, que os fatos **emergentes** da denominada “Operação Lava a Jato” **revelam** que ainda subsiste, **no âmbito**

do aparelho estatal, aquela estranha e profana aliança **entre** determinados setores do Poder Público, *de um lado, e* agentes empresariais, *de outro, reunidos* em um imoral sodalício **com o objetivo perverso e ilícito** de cometer uma pluralidade de delitos *gravemente vulneradores* do ordenamento jurídico **instituído** pelo Estado brasileiro.

Tais práticas delituosas – *que tanto afetam* a estabilidade e a segurança da sociedade, **ainda mais** quando veiculadas **por intermédio** de organização criminosa – **enfraquecem** as instituições, **corrompem** os valores da democracia, da ética e da justiça e **comprometem** a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, **notadamente** nos casos em que os desígnios dos agentes envolvidos **guardam** homogeneidade, **eis que dirigidos, em contexto de criminalidade organizada e de delinquência governamental**, a um fim comum, **consistente** na obtenção, *à margem das leis da República*, de **inadmissíveis** vantagens e de benefícios *de ordem pessoal, de caráter empresarial ou de natureza político-partidária*.

A gravidade da corrupção governamental evidencia-se pelas múltiplas consequências que dela decorrem, **tanto aquelas** que se projetam no plano da criminalidade oficial **quanto as que se revelam** na esfera civil (afinal o ato de corrupção **traduz** um gesto de improbidade administrativa) e, *também*, **no âmbito** político-institucional, **na medida em que** a percepção de vantagens indevidas representa um ilícito constitucional.

A ordem jurídica, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a condutas de **quaisquer** autoridades da República **que hajam** incidido em *censuráveis* **desvios éticos e em reprováveis transgressões criminosas** no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

Esse entendimento – cabe enfatizar – é compartilhado por todos os Ministros desta Suprema Corte, pois **nenhum Juiz** do Supremo Tribunal Federal, **independentemente** de ser favorável, *ou não*, à tese do trânsito em julgado, **discorda ou é contrário à necessidade imperiosa** de combater e de reprimir com vigor, **respeitada, sempre, a garantia constitucional do devido processo legal**, **todas as modalidades** de crime praticadas por agentes públicos, **qualquer que seja** a posição hierárquica por eles ostentada nos quadros da República, **ou** por delinquentes empresariais **investidos** de grande poder econômico.

O fato inquestionável, Senhor Presidente, é que a corrupção deforma o sentido republicano da prática política, afeta a integridade dos valores **que informam e dão significado** à própria ideia de República, **frustra** a consolidação das Instituições, **compromete** a execução de políticas públicas *em áreas sensíveis* **como** as da saúde, da educação, da segurança pública e do próprio desenvolvimento do País, **além de vulnerar** o princípio democrático, **como sustentam, sem exceção, todos** os Ministros desta Suprema Corte, **tanto** aqueles que entendem imprescindível o trânsito em julgado, **quanto** os que admitem a execução provisória.

O Brasil assumiu **importantes compromissos internacionais em relação ao combate à corrupção**, como o evidencia a assinatura, por nosso País, **da Convenção Interamericana** contra a Corrupção (**celebrada** na Venezuela em 1996), **da Convenção das Nações Unidas** (**celebrada** em Mérida, no México, em 2003) **e da Convenção de Palermo** (**celebrada** sob a égide da Organização das Nações Unidas, em 2000).

As razões determinantes da celebração dessas convenções internacionais (**uma** de caráter regional **e outras duas** de projeção global) **residem, basicamente, na preocupação** da comunidade internacional com a extrema gravidade dos problemas e das consequências nocivas **decorrentes** da corrupção para a estabilidade e a segurança da sociedade, **considerados** os vínculos entre a corrupção **e** outras modalidades de

delinquência, **com particular referência à criminalidade organizada, à delinquência governamental e à lavagem de dinheiro.**

Torna-se importante advertir, neste ponto, Senhor Presidente, que, com a instauração de procedimentos de persecução penal destinados a reprimir a prática da corrupção governamental e de outros atos criminosos cometidos no contexto dessa verdadeira macrodelinquência revelada pela Operação Lava-Jato, não se está a incriminar a atividade política, mas, isso sim, a promover a responsabilização penal daqueles que não se mostraram capazes de exercê-la com honestidade, integridade e elevado interesse público, preferindo, ao contrário, longe de atuarem com dignidade, transgredir as leis penais de nosso País, com o objetivo espúrio de conseguir vantagens indevidas e de controlar, de maneira absolutamente ilegítima e criminosa, o próprio funcionamento do aparelho de Estado.

Mostra-se intolerável, desse modo, Senhor Presidente, em face da ação predatória desses verdadeiros profanadores dos valores republicanos, transigir em torno de princípios fundamentais que repudiam práticas desonestas de poder, pois elas deformam o sentido democrático das instituições e conspurcam a exigência de probidade inerente a um regime de governo e a uma sociedade que não admitem nem podem permitir a convivência, na intimidade do poder, com os marginais da República, cuja atuação criminosa tem o efeito deletério de subverter a dignidade da função política e da própria atividade governamental, degradando-as ao plano subalterno da delinquência institucional e transformando-as em um meio desprezível de enriquecimento ilícito.

Todos esses eventos permitem lembrar a afirmação, inquestionavelmente atual, do saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, homem público que honrou tanto esta Suprema Corte quanto a Câmara dos Deputados, cujo pensamento sempre atribuiu à seriedade, à impessoalidade, à probidade e à honestidade – enquanto signos

luminosos de uma constelação de valores a que os governantes **devem** permanente respeito – a condição de fatores determinantes da ação **e** do comportamento daqueles que desempenham *qualquer* função pública em nosso País, **tecendo valiosas considerações a propósito das relações entre a ética e a política, entre o exercício do poder e o respeito à coisa pública** (“A Política e a Mocidade”, 2ª ed., 1957, Progresso):

“A política é a conquista do poder a serviço do bem comum. Logo, fica excluída a gula do poder para gozo próprio, ou de sua família ou classe.

*Se ao político, no interesse comum, é defeso o emprego de meios imorais (...), **que nome terá quem, sob a capa da política, esconde apenas o apetite depravado** de usufruir as vantagens do poder, **monopolizando-o, degradando-o** a instrumento de opressão e abastardamento de seu país?*

***Êsse é apenas o delinquente da política. Será tratado como tal** se malograr-se o crime. (...).” (grifei)*

O saudoso Deputado ULYSSES GUIMARÃES, por sua vez, na sessão solene de promulgação da vigente Constituição, **ao encerrar** os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte *que tão bem soube conduzir*, **repudiou**, com extremo vigor, **qualquer** prática **comprometedora** da integridade ética dos agentes públicos **e ultrajante** da correção e lisura dos costumes políticos, administrativos e empresariais *que devem prevalecer* em nosso País:

“A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador.

A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

***Não** roubar, **não** deixar roubar, **pôr** na cadeia quem roube, **eis o primeiro mandamento** da moral pública.” (grifei)*

É por essa e por outras razões, Senhor Presidente, que se impõe repudiar e reprimir – sempre, porém, sob a égide dos princípios que informam o Estado Democrático de Direito e que consagram o regime dos direitos e garantias individuais – todo e qualquer ato de corrupção, pois não constitui demasia insistir no fato de que a corrupção traduz um gesto de perversão da ética do poder e de erosão da integridade da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade e de comportamento honesto e transparente configura obrigação cuja observância impõe-se a todos os cidadãos desta República que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper.

Dáí, Senhor Presidente, a essencialidade de Juízes e Tribunais que, conscientes de sua alta missão constitucional e de seu dever de fidelidade ao texto da Lei Fundamental do Estado, ajam, com isenção e serenidade, como membros de um Poder livre de injunções marginais e imune a pressões ilegítimas, para que a magistratura possa cumprir, como já vem cumprindo, com incondicional respeito ao interesse público e com absoluta independência moral, os elevados objetivos inscritos na Carta Política, consistentes em servir, com reverência e integridade, ao que proclamam e determinam a Constituição e as leis da República.

Vale ressaltar, bem por isso, um aspecto que deve ser fortemente enfatizado: 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, observando, em todos os julgamentos, além do postulado da impessoalidade e do distanciamento crítico em relação às partes envolvidas no processo, os parâmetros legais e constitucionais que regem, em nosso sistema jurídico, os procedimentos de índole penal.

Em uma palavra, Senhor Presidente: o Supremo Tribunal Federal, como **órgão de cúpula** do Poder Judiciário nacional e **máximo guardião e intérprete** da Constituição da República, **garantirá**, de modo pleno, às partes de tais processos, **na linha** de sua longa e histórica tradição republicana, **o direito a um julgamento justo, imparcial e independente**, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, **repele 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.

2. A observância da racionalidade jurídica como padrão referencial dos julgamentos, inclusive penais, pelo Poder Judiciário: a questão da opinião pública e das manifestações populares

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”).

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 – grifei).

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, Senhor Presidente, **que a Constituição da República de 1988, passados mais de 31 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, Senhor 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, Senhor Presidente, que **esta** Suprema Corte **não julga** em função da qualidade das pessoas **ou** de sua condição econômica, política, social ou funcional.

Este julgamento **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, **bem assim** motivações fundadas em um irracional punitivismo, **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.

3. O processo penal como instrumento de salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais de quem sofre persecução criminal

Ninguém desconhece que se instaura, no âmbito do processo penal, situação de evidente conflituosidade **entre** o poder acusatório do Estado, de um lado, **e** a pretensão de liberdade do acusado, de outro.

O dever de proteção das liberdades fundamentais dos réus, de qualquer réu – **tal como tenho advertido** em julgamentos recentes realizados no âmbito desta Corte –, **representa** encargo constitucional de que o Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se**, mesmo que o clamor popular manifeste-se contrariamente, **sob pena** de frustração de conquistas históricas que culminaram, **após** séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, **na consagração** de que o processo penal **traduz** instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **jamaís poderá constituir** *reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional*.

Na realidade, *a resposta do poder público ao fenômeno criminoso* – resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego e instintivo – **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração, **perante** juízes isentos, imparciais e independentes, **de um processo** que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, **em ordem a que prevaleça**, *no âmbito de qualquer persecução penal* **movida** pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, *da razão desprovida de paixão!*

Nesse sentido, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu*, **em cujo favor** – *é o que impõe a própria Constituição da República* – **devem ser assegurados** todos os meios e recursos inerentes à defesa, **sob pena** de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura**, desse modo, **como exigência constitucional** (“nulla poena sine judicio”) **destinada a limitar e a impor contenção** à vontade

do Estado, cuja atuação **sofre**, *necessariamente*, os condicionamentos que o ordenamento jurídico **estabelece** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Daí a observação de LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT), **cuja precisa lição** – *ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” (grifei) – põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal:*

- *Nulla poena sine crimine*
- *Nullum crimen sine lege*
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- *Nulla necessitas sine injuria*
- *Nulla injuria sine actione*
- *Nulla actio sine culpa*
- *Nulla culpa sine iudicio*
- *Nullum iudicium sine accusatione*
- *Nulla accusatio sine probatione*
- *Nulla probatio sine defensione.” (grifei)*

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, **são**, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus **contra** eventuais excessos da maioria, **ao menos** – é importante acentuar – **enquanto** este E. Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas**, as causas submetidas ao seu exame e decisão.

É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles **que sofrem** persecução penal **por parte** do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda permanente desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional **e** nas leis da República.

Com efeito, a necessidade de outorgar-se, em nosso sistema jurídico, proteção judicial efetiva à cláusula do “due process of law” **qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

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

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

instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

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

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

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

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

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

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

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

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

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

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

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

*Nesse contexto, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica dos atos e resoluções **emanados** do Estado e, em particular, **das decisões** de seu Poder Judiciário.*

4. A garantia da liberdade e as prerrogativas essenciais inerentes à cláusula do "due process of law", inclusive o reconhecimento do direito fundamental à presunção de inocência

*A declaração constitucional de direitos e garantias inscrita em nossa Lei Fundamental proclama, em defesa de qualquer pessoa, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, inciso LIV – grifei), notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de **polaridade conflitante** entre o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro.*

*Isso significa que, em tema de privação da liberdade ou de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira **abusiva ou arbitrária**, pois o reconhecimento da*

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

A jurisprudência dos Tribunais, por sua vez, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo uma insuprimível garantia**, que, **instituída em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, *pelo Poder Público*, de sua atividade, *quer em sede materialmente administrativa, quer em sede processual penal*, **sob pena de nulidade da própria medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos**, especialmente quando **revestidas** de caráter punitivo (**RDA** 97/110 – **RDA** 114/142 – **RDA** 118/99 – **RTJ** 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI** 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” **Informativo/STF** nº 253/2002 – **RE** 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RE** 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE** 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

**“RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO
'DUE PROCESS OF LAW'”**

– O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CE, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina."

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O exame da garantia constitucional do "due process of law" permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito ao benefício da gratuidade; (g) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (h) direito à prova; (i) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (j) direito à igualdade entre as partes; (k) direito ao juiz natural; (l) direito de ser julgado por Juízes e Tribunais imparciais e independentes; e (m) direito de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

5. A presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou de persecução criminal, independentemente da natureza do delito a ela atribuído

Tem sido constante e inalterada a minha posição, no Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, **em torno** da questão referente ao alcance e ao conteúdo da presunção de inocência.

Para não recuar muito no tempo, 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* – **nem mesmo existiam** as operações referentes ao “Mensalão” e à “Lava-Jato”.

Vê-se, desse modo, que há mais de 30 (trinta) 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, Senhor 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)

Observe, 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 9.033/95, **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 relevante, 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 irreccorível. 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 transgide 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 ênfatiza, 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 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, Senhor 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, Senhor 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, Senhor 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, como anteriormente **já assinalado**, **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, Senhor Presidente, **impõe**, uma vez mais, **consoante 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, Senhores Ministros, 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, Senhor Presidente – e aqui me refiro a um texto de Sérgio Azevedo publicado em 02/04/2018 (<https://online.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 perspetiva 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, Senhor 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 Civis 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 supralegalidade (RE 349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, v.g.).

Não se pode desconhecer, no entanto, que, em ocorrendo eventual situação de antinomia, 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/DF, 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 relembrar, de outro lado, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, nestas ações de controle abstrato, 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, Senhor 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!

Vale rememorar, neste ponto, importante decisão do E. Tribunal Superior Eleitoral, do início da década de 1970, a propósito da preponderância da presunção de inocência, mesmo em sede extrapenal, como no campo das inelegibilidades eleitorais.

Refiro-me a julgado daquela Alta Corte eleitoral que, proferido sob a égide do anterior ordenamento constitucional, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º, I, “n”, da Lei Complementar nº 05/70,

que, **dentre** as várias hipóteses de inelegibilidade, **previu a perda** da capacidade eleitoral passiva **em decorrência da mera instauração** de processo judicial **contra** qualquer potencial candidato **que houvesse** incidido **em suposta prática de determinadas** infrações penais.

Eis o teor dessa norma legal, **inscrita** em referido diploma legislativo:

“Art. 1º – São inelegíveis:

I – para qualquer cargo eletivo:

*.....
n) os que tenham sido condenados **ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime** contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, **enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados;**” (grifei)*

Bastava, portanto, **para gerar** situação de inelegibilidade, **o simples recebimento** de uma denúncia, **por alegado** cometimento **de certos** ilícitos penais.

Essa cláusula legal provocou, **mesmo** sob a égide de um regime autoritário, **amplo debate** em torno de sua constitucionalidade, **valendo relembrar** que o E. Tribunal Superior Eleitoral **pronunciou-se**, diversas vezes, sobre a matéria, **reconhecendo**, num momento inicial, a validade constitucional da regra legal em questão, **até que** o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **em voto que prevaleceu** no julgamento do REspe 4.221/RS, **dissentiu** dessa orientação jurisprudencial, “(...) *pela razão de considerar inconstitucional o art. 1º, inciso I, letra ‘n’, da Lei Complementar nº 5, de acordo com o voto **que ontem** proferi neste Tribunal*” (grifei).

Cabe reproduzir, neste ponto, por relevante, **os fundamentos** pelos quais o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **mesmo** em

votos vencidos, **como aquele** proferido no julgamento, pelo TSE, do Recurso Ordinário nº 4.189/RJ, **entendia**, com absoluta razão, **ser inconstitucional** a norma **inscrita** no art. 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 05/70:

*“(...) **Por que admitir que o simples fato de pendência** de um processo, com denúncia oferecida e recebida, pese indelevelmente sobre a moralidade de alguém, a ponto de lhe acarretar o ônus brutal da inelegibilidade? **Não posso admitir**. – **E não posso admitir, porque estou lidando** com princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma.*

***Mas**, por acaso, esse princípio, se não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, **está inscrito**, de modo o mais veemente e peremptório, na famosa ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, que é capítulo de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos. O Brasil contribuiu, com sua participação e voto, para que a Terceira Assembléia Geral das Nações Unidas, há mais de 25 anos, aprovasse uma ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, e essa declaração insculpiu, no primeiro inciso do seu art. 11, esta regra de verdadeira Moral e do mais límpido Direito:*

‘Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa’.

Este princípio é inerente ao nosso regime, pois está compreendido entre aqueles que a Constituição adota. Não precisa ele estar nela explicitado, em letra de forma. Basta que o comparemos com o regime da Constituição brasileira (...), tanto que ela o inscreve como um daqueles bens jurídicos que se devem preservar no estabelecimento das inelegibilidades. Basta que comparemos o princípio com o regime, a vermos se há entre eles

coincidência ou repulsa. É evidente que a coincidência é a única alternativa. O Brasil proclamou, num documento internacional e no regime que adotou, essa verdade universal, que, insisto, não precisa estar inscrita em lei nenhuma, porque é princípio ético e jurídico, imanente.

O fato de alguém responder a processo criminal adere, objetivamente, à sua vida. Ninguém, que respondeu a um processo criminal, retira jamais esse episódio da sua história pessoal. Mas não pode ele, por si só, comprometer a moralidade do cidadão, que deve ser presumido inocente enquanto não for julgado culpado.”
(grifei)

É certo, no entanto, que esta Suprema Corte, ao julgar o RE 86.297/SP Rel. Min. THOMPSON FLORES, após reformar aquele julgado do E. Tribunal Superior Eleitoral, proclamou a validade constitucional da norma legal em questão.

Torna-se importante registrar, a esse respeito, que se revelava tão evidente o conteúdo autoritário do preceito legal em causa, porque transgressor do princípio que consagra, nas sociedades democráticas, a presunção de inocência, que os próprios curadores do regime militar, já no Governo do Presidente Figueiredo, decidiram banir semelhante regra jurídica do sistema de direito positivo nacional, fazendo-o mediante a edição da Lei Complementar nº 42/82, cujo art. 1º assim dispunha:

“Art. 1º - As alíneas b e n do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 1º –

I –

.....

n) os que tenham sido condenados (Vetado) por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia

popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados; (...).” (grifei)

Devo observar, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir o RE 99.069/BA**, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, **e tendo presente** a alteração **introduzida** pela Lei Complementar nº 42/82, **que condicionava o reconhecimento da inelegibilidade de qualquer candidato à existência** de sentença condenatória, **expressamente proclamou** que a perda da capacidade eleitoral passiva **dependeria do trânsito em julgado da condenação, não bastando**, para tanto, **a mera prolação** de uma sentença condenatória ainda recorrível.

Extremamente esclarecedoras, e muito atuais, as razões com que o eminente e saudoso Ministro OSCAR CORRÊA, **na condição** de Relator, **fundamentou**, em referido julgamento, **o seu douto voto**:

“(...) Não há como querer distinguir entre efeitos da sentença condenatória para fins comuns e para fins especiais, como seriam os da lei de inelegibilidade. Tal distinção – que não se encontra em nenhum texto e não nos cabe criar – não tem razão de ser, tanto mais excepcionada contra o réu, para agravar-lhe a situação.

***Na verdade, quando a lei – qualquer que seja – se refere a condenação, há que se entender condenação definitiva, transitada em julgado, insuscetível** de recurso que a possa desfazer.*

***Nem se alegue** (...) que ‘essa interpretação era a que se coadunava com a moralidade que o art. 151, IV da Constituição visa a preservar’: **há que preservar a moralidade, sem que**, sob pretexto de defendê-la e resguardá-la, **se firam os direitos do cidadão à ampla defesa, à prestação jurisdicional, até a decisão definitiva**, que o julgue, e condene, ou absolva.*

***Não preserva a moralidade interpretação que considera condenado quem o não foi, em decisão final irrecorrível. Pelo contrário**: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém,*

que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença de que não possa, legalmente, recorrer.

.....
A verdade é que a decisão singular desta Egrégia Corte, que acolheu a constitucionalidade daquele preceito – com os memoráveis debates que provocou – não chegou a ser provada em outros casos. E tanto não era esta a melhor solução que a L.C. nº 42/82 a excluiu, com o que, em verdade, valorizou a posição assumida pelos que a combateram.

14. Não há de se exigir que a lei se refira a condenação transitada em julgado, o que seria levar adiante demais as exigências de explicitação.

Na verdade, quando o art. 151 delegou à legislação complementar estabelecer os casos de inelegibilidades e os prazos nos quais cessará esta, não lhe autorizou alterar o sistema legal brasileiro (e, pode dizer-se, universal) para considerar condenação a que, desde logo, em primeiro grau, se imponha, sem que transite em julgado. Assinalou bem o recorrente que esse entendimento ‘implica, nada mais, nada menos, do que atribuir, ao Juiz criminal de 1º grau, que nem eleitoral é, o poder de decretar inelegibilidades.

Pior: de fazê-lo em caráter irrevogável, quando se sabe que a sentença de que se recorre em tempo hábil é apenas um projeto de decisão judicial a que a lei, por forma expressa, ao atribuir efeito suspensivo ao recurso, negou executividade’ (fs. 5/6 do agravo).

Considero que, com isso, em realidade, se vulnerou o § 15 do artigo 153 da C.F., recusando a ampla defesa a que têm direito os acusados, e, mais, desconsiderando recurso que lhe é inerente, e conferindo efeitos agravadores que não tem, tomando, como definitiva, sentença reformável, e tanto, que o foi. (...).”

(RE 99.069/BA, Rel. Min. OSCAR CORRÊA – grifei)

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douda 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, Senhor 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, cujas prerrogativas 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, Senhor 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 perseguição 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 perseguição 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)

6. A presunção “juris tantum” de inocência, por ostentar caráter meramente relativo, deixa de subsistir com o trânsito em julgado da condenação penal

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 consagradora** 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 (1947)

"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 (1976)

"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.

É inquestionável, portanto, que a antecipação meramente cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva,

prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorível) – não se revela incompatível com a presunção constitucional de inocência (**RTJ** 133/280 – **RTJ** 138/216 – **RTJ** 142/855 – **RTJ** 142/878 – **RTJ** 148/429 – **HC 68.726/DF**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.), mesmo porque o instituto da prisão cautelar **encontra fundamento** em texto **da própria** Constituição da República (art. 5º, LXI) e **destina-se**, em face de seu caráter de ordem instrumental, **a atuar em benefício** da atividade desenvolvida pelo Estado **no processo penal**, como já teve o ensejo de acentuar em julgamentos **nesta** Suprema Corte (**RHC 146.526/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que o instituto da prisão preventiva, que desempenha nítida função de natureza cautelar em nosso sistema jurídico, não se revela incompatível com a presunção constitucional de não-culpabilidade das pessoas.”

(**HC 71.402/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

“PRISÃO CAUTELAR – CARÁTER EXCEPCIONAL.

*– A privação cautelar da liberdade individual – cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (**CF**, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (**CF**, art. 5º, LVII) – reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade.*

*A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. **Doutrina. Precedentes.***

A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

– A prisão cautelar não pode – nem deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes (...).

(HC 95.290/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

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, Senhor 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)

Vale rememorar, por oportuno, 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 lembrar, 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, a esse respeito, *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)

7. A importância político-constitucional da coisa julgada em sentido material, notadamente em sede processual penal: “res judicata pro veritate habetur”

Mostra-se relevante destacar, neste ponto, 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 recorível, 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 irrecorribilidade 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 cuius 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”.

8. O ordenamento positivo infraconstitucional (Código Penal, Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal Militar) exige o trânsito em julgado como pressuposto legitimador da condenação criminal, mesmo que se trate de simples pena de multa: “Legum servi sumus, ut liberi esse possimus” (Cícero)

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.

Daí 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, Senhor 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 relembrar, 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 pôsto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de pôsto, 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.

9. Inconstitucionalidade da execução antecipada (ou provisória) de condenação penal ainda recorrível imposta pelo Tribunal do Júri

Impõe-se assinalar, finalmente, que a questão submetida a julgamento, nestas ações de controle abstrato, limita-se à análise em torno da possibilidade de efetivar-se a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em segunda instância, não havendo qualquer pronunciamento decisório desta Corte, revestido de efeito geral e de eficácia vinculante, que reconheça a legitimidade da imediata execução de sentença condenatória recorrível emanada do Tribunal do Júri.

Não obstante tal circunstância, tenho para mim que não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória) de condenação penal recorrível emanada do Tribunal do Júri, eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”) não o transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP.

É nesse sentido – cabe insistir – que se orienta a posição jurisprudencial desta Suprema Corte, de que destaco, como expressiva desse entendimento, a seguinte decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ – (...) – GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO

VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO DE APELAÇÃO (CPP, ART. 593, III, 'd') – PRIMEIRA DECISÃO DO JÚRI CONSIDERADA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS – PROVIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – SUJEIÇÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO – POSSIBILIDADE – ACÓRDÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADO – AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO ART. 593, III, 'd', DO CPP – (...) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

(RHC 132.632-AgR/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, portanto, conforme acentua HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO (“Júri”, p. 34, item n. 27, 5ª ed., 2ª tir., 1988, RT), com fundamento no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. III/62, Forense), que a soberania dos veredictos do júri “deve ser entendida como a ‘impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa’, e, por isso, o Código de Processo Penal, regulando a apelação formulada em oposição à decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (letra ‘d’ do inciso III do art. 593), estabelece que o Tribunal ‘ad quem’, dando provimento, sujeitará o réu a novo julgamento (§ 3º do art. 593) perante o Tribunal de Júri” (grifei).

O princípio da soberania dos veredictos do Júri, desse modo, impede o Tribunal “ad quem”, ao reformar decisão emanada do Conselho de Sentença (que seja manifestamente contrária à prova dos autos), de substituí-la, em sede recursal, por um pronunciamento do próprio órgão colegiado de segunda instância. A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar a manifestação decisória do Conselho de Sentença, quando esta puser-se em situação de evidente antagonismo com a prova existente nos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri,

eis que, em tal hipótese, a cassação do ato decisório, determinada pelo órgão judiciário “ad quem”, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do próprio Tribunal do Júri.

ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO (“Teoria e Prática de Júri”, p. 41/44, 4ª ed., 1991, RT), apreciando essa questão em face do texto constitucional de 1988, expendem sobre ela douto e preciso magistério:

“(…) não são os jurados ‘onipotentes’, com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova.

Julgam eles segundo os fatos objeto do processo; mas exorbitam se decidem contra a prova. Não é para facultar-lhes a sua subversão que se destina o preceito constitucional.

Se o veredicto do Conselho de Jurados foi ‘manifestamente contrário à prova dos autos’ (o que importa em não julgar a acusação, e sim assumir atitude arbitrária perante ela), poderá o Tribunal de Justiça, em grau de recurso, se reconhecer a incompatibilidade entre o veredicto proferido e a prova que instrui os autos, determinar que o próprio Júri de novo se manifeste, sem substituir a decisão deste, por outra própria.

E nisto consiste a ‘soberania dos veredictos’ – na faculdade dos jurados decidirem por íntimo convencimento, acerca da existência do crime e da responsabilidade do acusado (matéria de fato), sem o dever de fundamentar suas conclusões.

.....
Em suma, o Tribunal de Justiça, em grau de recurso, apenas verifica se o veredicto se coaduna com a prova.

E, quando apura a inversão desta, pelo Conselho de Jurados, observando ser a decisão aberrante, insustentável, evidentemente divorciada dos elementos de convicção e manifestamente contrária à prova dos autos, certamente que lhe cabe, à instância superior de Justiça, corrigir a anomalia, reformando o julgamento, a fim de que o próprio Júri de novo se manifeste, dentro de sua competência, fazendo-o com o devido critério.

O Tribunal 'ad quem' **não faz a apreciação da causa, como se sujeita ao juízo singular, nem externa julgamento próprio, não substitui a decisão recorrida, por outra, de seu entendimento, nem manifesta juízo próprio acerca da materialidade do crime, e de sua autoria.**" (grifei)

Impende salientar, ainda, por relevante, que esta Suprema Corte, no julgamento **do HC 68.658/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**RTJ 139/891**), **repeliu a existência de incompatibilidade** do art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal **com o texto** da atual Constituição:

"A soberania dos veredictos do Júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual.

A competência do Tribunal do Júri, **embora definida** no texto da Lei Fundamental da República, **não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado**. As **decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal** do próprio Poder Judiciário, **a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos**.

A apelabilidade das decisões **emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. Precedentes.**"

Essa compreensão da matéria – vale lembrar – reflete antiga orientação jurisprudencial desta Corte, consolidada desde a Constituição de 1946 e reafirmada, agora, sob a égide da vigente Lei Fundamental da República (**HC 66.954/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **HC 67.271/SP**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA – **HC 67.531/SC**, Rel. Min. PAULO BROSSARD – **HC 68.219/MG**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **HC 70.193/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 88.707/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 93.617-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 94.730/MS**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 100.693/ES**, Rel. Min.

LUIZ FUX – HC 108.996/BA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 110.420/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 113.627/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RHC 103.554-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 107.250/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 113.314-AgR/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 118.656/ES, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RHC 119.887/MS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.).

A crítica a esse entendimento, apoiada em argumentos consistentes, foi assim exposta por ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO (“Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados”, p. 1.294/1.295, 2017, JusPODIVM):

“Partiu-se, portanto, da premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional nesse sentido (art. 5º, inc. XXXVIII, ‘c’, da Carta), seria admitida a imediata prisão do réu, assim que condenado pelo Tribunal popular. (...)”

O alcance do princípio da soberania do Júri e a apelação – De se ver, inicialmente, que se conferiu ao princípio da soberania do Júri um alcance que aparentemente ele não ostenta. De sorte que, embora com previsão constitucional, esse princípio é relativo, sofrendo forte mitigação quando a lei permite, na dicção do art. 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal, que o Tribunal de Justiça mande o réu a novo Júri, acolhendo apelação e reconhecendo que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. E nem poderia ser diferente, já que, embora se admitindo a soberania dos veredictos, há que se ter um meio de revisão das decisões evidentemente equivocadas. Não que ao Tribunal de Justiça se autorize, por meio de uma apelação, condenar ou absolver o réu. Mas poderá, sem arranhar o aludido princípio constitucional, determinar que outro julgamento seja realizado. Nesse sentido o posicionamento do STF: (...). Daí porque já foi denominado esse recurso, quando manejado contra decisões provenientes do Júri, de apelação ‘sui generis’, já que atua como verdadeiro juízo de cassação, posto que, segundo lição de José

Frederico Marques, 'a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária' (Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV, p. 228)."
(grifei)

Registre-se, ainda, na linha da diretriz jurisprudencial **firmada** por esta Suprema Corte (**HC** 67.737/RJ – **HC** 68.658/DF – **HC** 68.727/DF, dos quais fui Relator, v.g.), **que até mesmo** a condenação penal **definitiva imposta pelo Júri é passível de desconstituição** mediante **revisão criminal** (RTJ 115/1114), **não lhe sendo oponível** – *como reiteradamente proclamado* pela jurisprudência dos Tribunais (**RT** 475/352 – **RT** 479/321 – **RT** 488/330 – **RT** 548/331) – a **cláusula constitucional da soberania do veredicto** do Conselho de Sentença (**HC** 71.878/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Mostra-se oportuno destacar, no ponto, que esse pensamento jurisprudencial tem o beneplácito de autorizadíssimo magistério doutrinário (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “**Processo Penal**”, vol. 4/453-455, item n. 10, 11ª ed., 1989, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “**A Instituição do Júri**”, vol. I/54-55, item n. 3, 1963, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “**Curso de Processo Penal**”, p. 1.115/1.116, item n. 2, 7ª ed., 2013, Lumen Juris; VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 397, item n. 84.8, 1991, Saraiva; HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, “**Júri**”, p. 38/40, item n. 30, 12ª ed., 2007, Saraiva; DENILSON FEITOZA, “**Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**”, p. 1.118, item n. 24.1.2.1, 6ª ed., 2009, Impetus; PAULO RANGEL, “**Direito Processual Penal**”, p. 1.053/1.054, item n. 2.10.2, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, “**Curso de Processo Penal**”, p. 907, item n. 17.12.2, b, 13ª ed., 2010, Lumen Juris; JULIO FABBRINI MIRABETE, “**Código de Processo Penal Interpretado**”, p. 1.610, item n. 621.3, 11ª ed., 2008, Atlas, v.g.).

O Tribunal de segunda instância, **ao julgar** a ação de revisão criminal, **dispõe de competência plena para formular tanto o juízo**

rescindente (“*judicium rescindens*”), **que viabiliza** a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal **mediante** invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório (“*judicium rescissorium*”), **que legitima** o reexame do mérito da causa **e autoriza, até mesmo**, quando for o caso, **a prolação** de provimento absolutório, **ainda que se trate** de decisão emanada do júri, **pois a soberania do veredicto** do Conselho de Sentença, **que representa** garantia fundamental do acusado, **não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração** da liberdade jurídica do condenado.

Essa noção ministrada pela doutrina **só faz acentuar o valor relativo** da soberania do veredicto emanado do Conselho de Sentença, **cujos pronunciamentos não se revestem**, por isso mesmo, **de intangibilidade** jurídico-processual.

São essas as razões que tornam inaceitável a conclusão de que a soberania do veredicto do júri **legitimaria** a execução **antecipada ou meramente provisória** da condenação proferida, **em primeira instância**, pelo Conselho de Sentença.

10. Conclusão

Os aspectos que venho de salientar neste voto, Senhor Presidente, **levam-me 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 **ainda recorível (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, conscientemente, de modo soberano, 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); **(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 consequentemente **mais** intensa a proteção jurídica **dispensada** àqueles **que sofrem** persecução criminal; **(11) a exigência do trânsito em julgado vincula-se à importância** constitucional e político-social da coisa julgada penal, **que traduz** fator de certeza e de segurança jurídica (“*res judicata pro veritate habetur*”); **e (12) a soberania dos veredictos do júri, que se reveste de caráter meramente relativo, não autoriza nem** legitima, *por si só*, **a execução antecipada (ou provisória) de condenação ainda recorrível emanada do Conselho de Sentença.**

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, peço vênia para julgar procedentes** os pedidos deduzidos **nestas** ações declaratórias de constitucionalidade, **reafirmando, assim, no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação** dada pela Lei nº 12.403/2011, **a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória, mesmo aquela emanada do Tribunal do Júri,**

ADC 43 / DF

revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu **de ser presumido inocente** até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII).

É o meu voto.

Em elaboração