

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HC 126.292/SP?

Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?

Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescindível 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?

Enfim, Senhora Presidente, é possível 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, bem por isso, Senhora Presidente, e já o disse 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, Senhora Presidente, 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** às partes envolvidas no processo, **os parâmetros legais e constitucionais** que regem, *em nosso sistema jurídico*, **qualquer** os procedimentos de índole penal.

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

Este julgamento, por isso mesmo, Senhora Presidente, **impõe reflexões** sobre o papel institucional, as funções constitucionais e 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.

Nesse contexto, **impõe-se** ao Supremo Tribunal Federal – **tornado** fiel depositário da preservação da autoridade, da supremacia e da intangibilidade da nova ordem constitucional, **por deliberação soberana da própria Assembleia Nacional Constituinte** – **reafirmar**, a cada momento, **em comunhão solidária com toda a magistratura nacional**, o seu respeito, o

seu apreço e a sua lealdade **ao texto sagrado** da Constituição democrática do Brasil.

Incumbe, *bem por isso*, aos magistrados e aos Tribunais, **notadamente** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, **o desempenho** do grave encargo que lhes é inerente: **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, **o de fazer cumprir** os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias **e o de neutralizar** qualquer ensaio de opressão estatal.

Torna-se de vital importância reconhecer, *portanto*, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal – **que é o guardião**, *por excelência*, da Constituição **em virtude de 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**.

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.

Daí o grave encargo que a esta Corte **incumbe desempenhar** no processo de indagação e de interpretação do alcance **de uma das cláusulas mais vitais** à preservação da liberdade humana, **cujá integridade não pode ser comprometida** por decisões que nulifiquem a aplicabilidade e o

respeito ao direito fundamental *de qualquer pessoa* **de não ser considerada** culpada **antes** do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

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* neste julgamento **reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País.

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

Na realidade, **a presunção de inocência**, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “*Suma Teológica*”, **constitui resultado de um longo**

processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes**, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), **embora**, segundo outros autores, **o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando**, sob o influxo das ideias iluministas, **veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, **na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia** (1776).

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

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

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

Essa mesma reação do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas **ou** interpretações que golpeiem o alcance **e** o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada a toda e qualquer pessoa**, **mostrou-se** presente em **outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional**, **como a**

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, Senhora Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

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

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

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

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

Vale referir, no ponto, **a esse respeito**, **a autorizada advertência** do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, **em obra escrita** com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal –

Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT):

“O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...).

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.

‘Regra de tratamento’: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).” (grifei)

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência **como direito fundamental** de qualquer pessoa – **independentemente da gravidade ou da 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, Senhora Presidente, **que ninguém, absolutamente ninguém, pode** ser tratado **como se** culpado fosse **antes** que sobrevenha contra ele condenação penal **transitada** em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

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

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

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

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

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

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

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

O fato, Senhora Presidente, é que o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal.

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 gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

– A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.

– A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

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

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre 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 15/10/2008)

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições.

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 esta se acha definida pela 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, na República Federal da Alemanha, no Reino da Espanha e na República Portuguesa, 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 (CE, art. 5º, inciso LVII), **o que revela ser mais intensa**, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental.

Quando esta Suprema Corte, **apoiando-se** na presunção de inocência, **afasta** a possibilidade de *execução antecipada* da condenação criminal, **nada** mais faz, em tais julgamentos, **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**.

Tenho para mim que essa **incompreensível repulsa** à presunção de inocência, Senhora Presidente, **com todas as gravíssimas consequências** daí resultantes, **mergulha** suas raízes em uma visão absolutamente **incompatível** com os padrões do regime democrático.

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** a prisão cautelar (**como** a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados **ou** réus perigosos, **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 coletividade em geral e os dos cidadãos em particular.

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.

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 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).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal tem sempre advertido que as acusações penais não se presumem provadas, pois – como tem reconhecido a jurisprudência da 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.

O fato indiscutivelmente relevante, *no domínio processual penal*, **é que**, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, **não se justifica** a formulação, *seja por antecipação ou seja por presunção*, de **qualquer** juízo condenatório, que deve, *sempre*, **respeitada, previamente, a garantia do devido processo**, assentar-se – *para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica* – **em elementos de certeza**, os quais, *ao dissiparem* ambiguidades, *ao esclarecerem* situações equívocas **e ao desfazerem** dados eivados de obscuridade, **revelam-se capazes** de informar, *com objetividade*, o órgão judiciário competente, **afastando**, *desse modo*, **dúvidas razoáveis, sérias e fundadas** em torno da culpabilidade do acusado.

Meras conjecturas – *que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal* – **não se revestem**, em sede processual penal, **de idoneidade jurídica. Não se pode** – *tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus* – **atribuir** relevo e eficácia a juízos **meramente** conjecturais, **para**, com fundamento neles, **apoiar** um **inadmissível** decreto condenatório **e deste extrair**, *sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado*, **consequências** de índole penal ou extrapenal **compatíveis**, no plano jurídico, **unicamente** com um título judicial **qualificado pela nota da definitividade**.

É sempre importante advertir, na linha do magistério jurisprudencial e em respeito aos princípios estruturantes do regime democrático, que, *“Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal”* (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

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.

O que se mostra relevante, bem por isso, Senhora Presidente, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, 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 à sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á, justamente, numa ‘presunção de culpabilidade’. É porque se julga o argüido culpado – antes de a sua culpa ser firmada em sentença transitada – que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (eventualmente a descontar na pena definitiva).” (grifei)

Foi por essa razão **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido sob a égide da Carta Política de 1967 – que **não** previa, de modo explícito, o direito fundamental à presunção de inocência, **reconhecido**, no entanto, por esta Corte, **como imanente** ao sistema constitucional (art. 150, § 35) –, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67 (a antiga Lei de Segurança Nacional), **no ponto** em que essa regra legal **impunha** ao réu, **como efeito automático** da prisão em flagrante delito **ou** do mero recebimento da denúncia, a “suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada (...), **até** a sentença absolutória” (HC 45.232/GB, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, RTJ 44/322 – grifei).

Há, portanto, segundo penso, **considerado** o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **um momento**, **claramente definido no texto constitucional**, **a partir** do qual se descaracteriza a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém o trânsito em**

julgado da condenação criminal. **Antes** desse momento, cabe advertir, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados 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 acentuar 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, por necessário, 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 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.

Mostra-se relevante acentuar, 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 recorável, 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 judiciais 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.

Isso significa, portanto, que inquéritos policiais **em andamento**, processos penais **ainda** em curso **ou**, *até mesmo*, **condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem** ser considerados, **enquanto** episódios processuais **suscetíveis** de pronunciamento absolutório, **como fatores de descaracterização** desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

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

De qualquer modo, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação

criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.

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

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

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

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

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

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

Cabe lembrar, neste ponto, que também o Código de Processo Penal Militar, ao tratar da execução da sentença penal condenatória,

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

“Carta de guia

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

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

Comunicação

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

Cabe, ainda, uma última observação, Senhora Presidente.

O Plenário desta Suprema Corte, **apoiando-se** na presunção de inocência, **afastou a possibilidade do lançamento prematuro** do nome do acusado **no rol dos culpados antes do trânsito em julgado** da decisão condenatória, **conforme previam** os arts. 393, inciso II, e 408, § 1º, **na redação dada** pela Lei nº 5.941/73, do Código de Processo Penal. **Refiro-me**, entre outros, ao julgamento **do HC 69.696/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, cujo acórdão **tem a seguinte ementa**:

“– ‘HABEAS CORPUS’ – RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES – PRISÃO PREVENTIVA – LEGALIDADE DE

SUA DECRETAÇÃO – REFERÊNCIA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS RÉUS – ROL DOS CULPADOS (CPP, ART. 408, § 1º) – INSUBSISTÊNCIA EM FACE DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE – NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – HIPÓTESE INOCORRENTE – PEDIDO DEFERIDO EM PARTE.

– 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, quando da 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.*”

Observe, por relevante, que essa orientação tem 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)

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.

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 se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

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

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo, peço vênia para acompanhar, integralmente, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator, e deferir o pedido de “*medida cautelar*”, reafirmando, assim, no que concerne à interpretação conforme 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 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.