

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

ELTON JONEY DIAS PEREIRA

INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO BRASIL: Uma análise a partir da nova jurisprudência do STF estabelecida nos julgamentos do HC. 126292/SP e das ADCs. 43 e 44.

São Luís

2016

ELTON JONEY DIAS PEREIRA

INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO BRASIL: Uma análise a partir da nova jurisprudência do STF estabelecida nos julgamentos do HC. 126292/SP e das ADCs. 43 e 44.

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão, Centro de Ciências Sociais, campus do Bacanga.

Orientadora: Maria Valéria Pinheiro Montenegro.

São Luís

2016

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Pereira, Elton Joney Dias.

A INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM
O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO BRASIL: Uma
análise a partir da nova jurisprudência do STF
estabelecida nos julgamentos do HC. 126292/SP e das ADCs.
43 e 44 / Elton Joney Dias Pereira. - 2017.
89 f.

Orientador(a): Maria Valéria Pinheiro Montenegro.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Execução Provisória. 2. HC. 126292/SP. 3.
Presunção da Inocência. I. Montenegro, Maria Valéria
Pinheiro. II. Título.

ELTON JONEY DIAS PEREIRA

INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO BRASIL: Uma análise a partir da nova jurisprudência do STF estabelecida nos julgamentos do HC. 126292/SP e das ADCs. 43 e 44.

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão, Centro de Ciências Sociais, campus do Bacanga.

Orientadora: Maria Valéria Pinheiro Montenegro.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Maria Valéria Pinheiro Montenegro (Orientador)

Universidade Federal do Maranhão

Universidade Federal do Maranhão

Universidade Federal do Maranhão

A Deus e a meus pais,
pilares de minha formação moral e intelectual.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial à Prof.^a Dr.^a. Marcia Haydée Porto Carvalho e à Prof. Maria Valéria Pinheiro Montenegro, responsáveis pela realização deste trabalho.

Dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas, aos meus amados pais Jacinto Pereira e Ana Luzia Dias Pereira, ao meu irmão Elisson Ricardo e aos meus estimados tios João Nonato e José Mario e às minhas queridas tias Ana Lucia, Ana Paula, Ana Tereza e Ana Hilda.

Aos meus amigos do Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular – NEGRO COSME, em especial, Carol Rios, Jennifer Almeida, Márcia Milene, Filipe Farias, Igor Ruggeri, James Henrique e Larissa Furtado, pelas experiências compartilhadas e por todo aprendizado adquirido ao longo das atividades ligadas à Pesquisa e Extensão Universitárias.

Aos meus estimados colegas e amigos da turma Direito Noturno 2012.1, em especial, à Fábio Souza, Igor Abreu, Jullyane Moraes, Júlio Cesar, Guilherme Carneiro e Ana Letícia pela amizade que tornou o ambiente universitário um ambiente ainda mais prazeroso e estimulante.

Por fim, dedico este trabalho aos meus companheiros de estágio da Defensoria Pública da União e do Escritório de Advocacia Macieira, Nunes e Zagallo, em especial, à Leticia Rodrigues, Lorena Gisele, Gustavo Silva, Victor Madureira, Jorge Bruno, Carol Galdez e Fernanda Braga, Edmar Neto, Paulo César Linhares, Vanilse Santos e Brenda Wash.

RESUMO

Em fevereiro de 2016, quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal alterou radicalmente a sua jurisprudência ao estabelecer que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido, com base no julgado supra, uma condenação em segundo grau de jurisdição (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) poderá ser executada imediatamente, sem necessidade de aguardar-se o exame de recursos de natureza extraordinária ao STJ e ao STF. Sendo assim, diante do entendimento firmado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/SP e, posteriormente, confirmado julgamento de medida cautelar pleiteada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades nº 43 e 44, remanescem os seguintes questionamentos: o início da execução da pena privativa de liberdade, em caráter provisório, antes do trânsito em julgado, ou seja, quando ainda é possível interpor ou está pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, se demonstra compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência? Tomando-se por base esta nova jurisprudência, se questiona até em que momento, no curso do processo penal brasileiro, vigora tal princípio. Em razão disso, o presente trabalho se propõe em demonstrar que a denominada execução penal, quando ainda pendentes de julgamento os recursos extraordinário ou especial, se revela incompatível com o princípio da presunção da inocência, da forma como este se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista ser categórico o texto constitucional de 1988 em seu inciso LVII, art. 5º, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Para tanto, propõe-se inicialmente uma análise acurada sobre a previsão do princípio da presunção de inocência da forma como este encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro, para em seguida se refletir acerca dos principais argumentos utilizados pelos Ministros do STF para a defesa do retorno da execução provisória da pena ao ordenamento jurídico brasileiro e dos possíveis impactos que esse novo entendimento poderá acarretar no sistema carcerário nacional.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Presunção da inocência. HC nº 126.292/SP. ADCs 43 e 44, STF. Efeitos. Sistema carcerário brasileiro.

ABSTRACT

In February 2016, when the HC No. 126.292 / SP was judged, the Supreme Federal Court radically changed its jurisprudence by establishing that the provisional execution of a condemning criminal judgment rendered in a degree of appeal, even if subject to a special or extraordinary appeal, does not compromise the presumption of innocence's constitutional principle. So, based on the above judgment, a second-degree conviction of jurisdiction (Court of Justice or Federal Regional Court) can be executed immediately, without the need to wait for the examination of extraordinary resources to the STJ and STF. Accordingly, in view of the understanding signed by the Federal Supreme Court in the judgment of HC No. 126.292 / SP, and subsequently confirmed judgment of a precautionary measure pleaded in Declaratory Actions of Constitutionality No. 43 and 44, the following questions remain: the beginning of execution in a custodial sentence, on a provisional basis, before the final decision, that is, when it is still possible to appeal or is pending the judgment of a special or extraordinary appeal, is it compatible with the presumption of innocence's constitutional principle? Based on this new jurisprudence, it is questioned to what extent, in the duration of the Brazilian criminal proceedings, does this principle applied. Because of it, the present work proposes to demonstrate that the so-called criminal execution, when still pending judgment of extraordinary or special appeals, is incompatible with the presumption of innocence's constitutional principle, on the way it is positived in the Brazilian legal system, In order to be categorical the 1988 constitutional text in its section LVII, art. 5, stating that "no one shall be held guilty until a final sentence of conviction has been passed." In order to do so, it is initially proposed an accurate analysis of the prediction of the presumption of innocence's constitutional principle of the way in which it is positived in the Brazilian legal system, and then to reflect on the main arguments used by the STF Ministers for the defense of the return of the provisional execution of the sentence to the Brazilian legal system and of the possible impacts that this new understanding may entail in the national prison system.

Keywords: Provisional execution of sentence. Presumption of innocence. HC nº 126.292 / SP. ADCs 43 and 44, STF. Effects. Brazilian prison system.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	11
2.1 Histórico da presunção da inocência.....	11
2.2 Princípio da presunção da inocência nos tratados internacionais de direitos humanos.....	15
2.3 Princípio da presunção da inocência no Direito comparado.....	20
2.4 Princípio da presunção da inocência no Brasil.....	24
2.4.1 Histórico da presunção da inocência no Brasil: avanços e retrocessos (1948-1988).....	24
2.4.2 Princípio da presunção da inocência na Constituição Federal de 1988.....	31
3. O CONTEÚDO E O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICOBRASILEIRO.....	33
3.1 Presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade: análise terminológica.....	33
3.2 Dimensões do princípio da presunção da Inocência.....	36
3.3 Marco temporal final do princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico brasileiro.....	40
4. A INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL DO STF ESTABELECIDADA NOS JULGAMENTOS DO HC. 126.292/SP E DAS ADC'S 43 E 44.....	49
4.1 Entendimento jurisprudencial do STF sobre a execução provisória da pena na pendência de recurso especial e extraordinário após a Constituição Federal de	

1988.....	49
4.2 Jurisprudência do STF firmada no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG: impossibilidade da execução provisória da pena na pendência de recurso Especial e extraordinário.....	51
4.3 O retorno da execução provisória da pena: análise do julgamento do HC. 126.292/SP e das ADC'S 43 E 44.....	54
4.4 Impossibilidade da execução penal na pendência de recurso especial e extraordinário e o conceito jurídico de culpabilidade.....	62
4.5 Execução provisória da pena e o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro.....	73
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS.....	87

1. INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2016, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por 7 votos a 4, que é possível dar-se início à execução de uma pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição. Nesta senda, entendeu o STF que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Posteriormente, tal entendimento foi reafirmado em outubro de 2016 quando do julgamento de medida cautelar pleiteada nas Ações Diretas de Constitucionalidade, propostas pelo Partido Ecológico Nacional - PEN (ADC nº 43) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADC nº 44), ambas visando à manifestação, pelo Pretório Excelso, acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Não obstante, em sentido oposto ao entendimento acima exposto, ao tutelarem o princípio da presunção da inocência, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, bem assim como a Lei de Execução Penal em seu art. 105 e art.147 e o Código de Processo Penal, em seu art. 283, contemplam o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição inafastável para a execução da pena privativa de liberdade.

A outro giro, não bastasse tal julgado colidir frontalmente com o direito fundamental de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se evidenciará ao longo deste trabalho que desde o ano de 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG, a posição do Supremo Tribunal Federal era no sentido de não se admitir a execução antecipada da pena, tendo em vista a consagração do princípio supramencionado.

Deveras, o que se depreende é que essa oscilação de entendimento por parte do STF apenas reflete o grande embate doutrinário e jurisprudencial a respeito da compatibilidade ou não da execução provisória da pena com a tutela jurisdicional do princípio constitucional da presunção de inocência, no bojo do ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão disso, este trabalho monográfico tem sua gênese justamente da constatação deste intrincado embate, do qual emergem como pano de fundo, dois discursos aparentemente conflitantes, quais sejam, de um lado, o da liberdade, identificado aqui com o princípio da presunção da inocência, de outro, o da efetividade da tutela jurisdicional penal,

alicerçado no combate a impunidade, no *jus puniendi* estatal, que, por sua vez, encontra forte apelo popular.

Pelo exposto, e em razão da insegurança jurídica instaurada pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/SP, bem como pela ampla divergência doutrinária que paira sobre o tema, esta presente obra pretende demonstrar que a execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando ainda pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário, se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Nesse desiderato, há que se reconhecer que a discussão acerca da compatibilidade ou não da execução provisória da pena junto ao ordenamento jurídico brasileiro pressupõe, necessariamente, que se analise a própria dimensão, bem como o alcance de um princípio fulcral, em torno do qual se encontra alicerçado todo processo penal brasileiro, qual seja, o princípio da presunção de inocência.

Em vista disso, propõe-se inicialmente uma análise acurada sobre a previsão do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, tanto no plano infra e constitucional, quanto nos diversos diplomas internacionais de direitos humanos em que o Brasil é signatário, para em seguida se refletir acerca das dimensões que compõem tal princípio de importância imensurável para Estado Democrático de Direito.

Finalizada esta abordagem, se passará, por fim, a analisar-se a recente jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/SP e confirmada posteriormente por ocasião do julgamento de medida cautelar pleiteada nas ADC's nº 43 e 44, quando então se admitiu o retorno da execução provisória da pena, ou seja, aquela que se dá quando ainda pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário.

Nesse diapasão, através de uma incursão crítica com amparo na balizada doutrina sobre o tema, se pretende neste trabalho evidenciar as principais inconsistências presentes nos argumentos manejados por parte dos Ministros do STF para a defesa do retorno da execução provisória da pena.

Por derradeiro, se demonstrará, de igual modo, os possíveis impactos que o entendimento adotado pelo STF nos julgados supra, poderá acarretar ao já problemático sistema carcerário brasileiro, mormente em face de sua superlotação.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Inicialmente, reputa-se necessário esclarecer que qualquer análise que se proponha a refletir acerca da incompatibilidade ou não da execução provisória da pena privativa de liberdade no Brasil, antes de transitada em julgada a sentença penal condenatória, perpassa pela incontornável discussão referente ao princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, antes de se analisar o conteúdo e o real alcance da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, reputa-se indispensável o debruçamento quanto aos principais marcos históricos que contribuíram para construção deste princípio tão essencial em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, não menos importante é também o estudo das relações e comparações entre as várias legislações no sentido de se estabelecer uma possível generalização ou mesmo um sentido comum, sem deixar de lado as características (sociais, legais e institucionais) de cada nação (BARBAGALO, 2015).

Portanto, estabelecidas tais premissas, o presente capítulo tem como escopo o estudo do processo histórico de construção da presunção de inocência na sociedade ocidental, perpassando pela sua previsão em diversas constituições. Tal estudo faz-se necessário para que se compreenda as principais influências sofridas por este princípio no Brasil, ao longo dos anos, até a sua positivação expressa na Constituição Federal de 1988.

2.1 Histórico da presunção da inocência

A presunção de inocência apresenta raízes históricas seculares. Para Bento (2007, p. 27) “a evolução histórica da presunção de inocência pode estar inserida principalmente após a edição da Magna Carta de 1215”.¹ Nesse viés, prossegue o referido autor:

¹ Para Celso de Mello, em voto proferido no julgamento do ADC 43 MC/DF, o princípio da presunção da inocência “**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).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto. ADC 43 MC/DF. Mello, Celso de. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326791>>. Acesso em: 20 de setembro de 2016).

Dentre as principais disposições da Magna Carta, numa progressiva afirmação dos direitos humanos e da instituição do regime e da instituição do regime democrático de direito, o art. 39, considerado um dos principais pontos, pois além de desvincular da pessoa do rei tanto da lei quanto da jurisdição, reconheceu que os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra, como ditame obrigatório da presunção de inocência (...) (BENTO, 2007, p. 27).

Por outro lado, há estudos que apontam elementos do que viria a ser a presunção de inocência desde a época do Direito Romano. Nesse sentido, observa Aury Lopes Jr. que, não obstante a presunção de inocência remontar ao Direito Romano, esta garantia foi visceralmente fulminada durante a Baixa Idade Média, ocasião em que sua lógica fora drasticamente invertida. Por conseguinte, como bem destaca o autor, a partir de então, passava-se a vigorar verdadeira presunção de culpabilidade:

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorum*, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação” (LOPES JR, 2014, pg. 153).

Corroborando com este entendimento, preleciona Ricardo Bento Alves que neste período:

Ao contrário dos ditames constitucionais existentes no Estado Democrático de Direito Atual, existia a presunção de culpabilidade, onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere (BENTO, 2007, p. 31).

Para Ferrajoli (2002, p. 441) no processo penal medieval a insuficiência da prova, “conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.”

Não obstante, se é verdade que as raízes da presunção de inocência encontram-se fincadas no Direito Romano ou, para alguns, na Carta Magna de 1215, o fato é que este princípio somente seria consolidado enquanto postulado estruturante de um sistema penal acusatório com Cesare Beccaria.

Nesse desiderato, impende destacar que o pensamento de Beccaria insere-se no contexto do movimento burguês do Iluminismo difundido pela Europa no século XVIII e que, transposto para o âmbito penal, preconizava pela reforma do sistema inquisitorial herdado do período medieval.

Para Bento (2007, p. 33) “um dos principais marcos para a migração da presunção da culpabilidade para a humanização dos procedimentos foi feita por Cesare Bonesana – Marquês de Beccaria – em sua obra “Dos Delitos e das Penas”.²

Em sua clássica obra *Dos Delitos e Das Penas* de 1764, Beccaria (2005, pg. 63) asseverava que “o homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída”.

De outra banda, é imperioso consignar que o princípio da presunção de inocência foi positivado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembleia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, como se verifica em seu art. 9º:

Artigo 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Destarte, aduz Bento (2007, p. 39) que “foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que surgiu o marco inicial da positivação da presunção de inocência, demonstrando um caráter liberal e democrático, influenciado pelo Iluminismo”.

Após essa primeira positivação, a garantia da presunção de inocência passou a compor todos os diplomas jurídicos que vieram a ser editados pelos principais organismos internacionais. Nesta esteira, destaca Fernando Brandini Bargalo o avanço que representou a positivação desta garantia na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

A presunção de inocência alterava a então existente presunção de culpabilidade quando era o próprio acusado quem tinha que comprovar sua inocência. Diante dos

² Influenciado pelas ideias de Beccaria, Voltaire já rechaçava o tratamento conferido aos acusados que eram submetidos à tortura, sem nenhuma condenação definitiva: “ A lei ainda não os condenou, e aplica-se-lhe, ainda na incerteza da prática do crime que lhes é imputado, um suplício muito mais terrível que a morte, que só é aplicável quando já está certo de que o merecem. Como! Ignoro ainda se és culpado e atormentar-te-ei para sabê-lo; e se por acaso fores inocente, não expiarei as mil mortes que te fiz sofrer, em vez de uma só que te preparava!” (apud Alexandra Vilela, *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.33)

abusos e exageros comuns a essa inominada exigência à época, foi um avanço significativo (BARGALO, 2015, pg. 39).

Indo mais além, aponta Ferrajoli (2005, pg. 442) que “com Francesco Carrara, expoente da Escola Clássica italiana, o princípio da presunção de inocência foi elevado a postulado fundamental da ciência penal e de todas as outras garantias do processo”.

Neste Contexto, há de se destacar que se opondo à Escola Clássica Italiana, que refletia os ideais iluministas da Revolução Francesa, ganhava força no século XIX a Escola Positivista cujos defensores almejavam um sistema criminal mais rigoroso voltado à defesa social. (CAMARGO, 2001).

Em vista disso e a despeito dos avanços propiciados pela Escola Clássica, no fim do século XIX, o princípio da presunção de inocência foi severamente atacado pela Escola Positivista italiana. Pensadores como Raffaele Garofalo, Enrico Ferri e Vincenzo Manzini, consideravam “ilógica”, “vazia” e “absurda” a fórmula da presunção de inocência. (FERRAJOLI, 2002).

Sendo assim, preleciona Lopes jr. (2014, pg. 155) que “pela mão de Vincenzo Manzini, há um esvaziamento da tutela da inocência no processo penal, justamente pela crítica que fora oposta à democracia francesa”. Ademais, prossegue o autor:

Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco de 1930 não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e garantismo (LOPES JR., 2014, p. 155).

Ainda sobre o pensamento de Manzini, assevera Ferrajoli:

Mas o golpe decisivo foi desferido em princípio pela autoridade de Vincenzo Manzini, que estigmatizou a fórmula como um "estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês" e a julgou "grosseiramente paradoxal e irracional" baseada em uma cadeia de petições de princípio: a apriorística valorização dos institutos *positivos* da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados, a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade, a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados são na realidade culpados. Reforçado por esses avais, o Código Rocco de 1930 repeliu por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado, liquidando-a como "uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios

da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos (FERRAJOLI, 2005, pg. 440).

Aliás, impende elucidar que o Código Penal italiano de 1931, editado sob o regime fascista de Mussolini, foi influenciado diretamente pelas ideias de Manzini que preconizava o fortalecimento do poder punitivo estatal em detrimento das liberdades individuais. Nesse sentido, bem descreve Monica Ovinski Camargo:

A cena política estava dominada pelo fascismo, espelho direto no direito de punir do Estado, que estava em clara vantagem face ao *jus libertatis* do indivíduo, proeminência que se repetia de forma mais aguda no Processo Penal. A presunção de inocência não tinha espaço neste regime político e nem na logicidade deste Código, que optava por uma visão mais estrita do direito de defesa e liberdade do indivíduo em favor da superioridade do Estado e de seu direito de punir. (CAMARGO, 2001, p 46).

No regime nazista alemão também não se reconhecia o princípio da presunção de inocência como garantia de liberdade do acusado, pois nem mesmo o princípio da legalidade era limitador da vontade política do governo, já que crime era tudo o que violasse o sentimento do povo alemão.

Ocorre que o termino da Segunda Guerra Mundial escancarou as atrocidades empreendidas pelo nazifascismo e ensejou a necessidade de se construir uma cultura jurídica solidificada na proteção de direitos considerados fundamentais. Sendo assim, há uma mudança de paradigma no direito internacional que antes era focado exclusivamente nos interesses estatais e majoritariamente em questões econômicas.

Agora, os direitos humanos passaram a ser uma preocupação internacional. Em consequência, diversos tratados internacionais foram elaborados com vistas a melhor proteger os indivíduos contra violações dos Estados.

Destarte, imperioso agora a análise da disciplina do princípio da presunção de inocência nos principais tratados internacionais de direitos humanos, bem assim como no direito comparado.

2.2 Princípio da presunção da inocência nos tratados internacionais de direitos humanos

Como dito anteriormente, no fim do século XIX o princípio da presunção de inocência foi severamente atacado pela Escola Positivista italiana que se ancorava substancialmente nas ideias de Manzini. O auge de tal menoscabo ao postulado da inocência, entretanto, se deu com o advento dos regimes totalitários do nazismo e fascismo, como destaca Flávio Augusto Antunes:

Em razão do holocausto provocado pelo Estado alemão de domínio nazista, além de outras violações e atrocidades cometidas nesse período, desenvolveu-se a ideia de que os direitos humanos não podiam ficar sob o jugo de um Estado soberano e sob a sua jurisdição, porque referidos direitos teriam relevância internacional, e assim havia a necessidade de se relativizar a concepção de soberania que existia até então, para que se reconhecesse, como corolário, que alguns direitos da pessoa humana são imanescentes à sua condição e em hipótese alguma podem ser violados (ANTUNES, 2010, pg. 63).

Em consequência, tornou-se premente a construção de uma nova cultura jurídica capaz de resguardar direitos fundamentais mínimos, dentre os quais, o da presunção de inocência. A esse respeito, disserta com propriedade Flávia Piovesan:

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo. Em face do regime do terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional (PIOVESAN, 2003, pg. 30)

Nesse viés, a declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assegurou, de forma explícita, a presunção de inocência.

XI.1 Todo ser humano 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”.

Tamanha a importância da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 que RAO *apud* BARBAGALO (2015, pg.38) a entende como “documento contemporâneo de sentido social e político e a súpula mais perfeita dos direitos e deveres fundamentais do homem, sob os aspectos individual, social e universal”.

Para Piovesan (2003, pg.38) “embora a Declaração não tivesse a eficácia jurídica de uma norma cogente no plano internacional, sua afirmação foi relevante para iniciar a fase de universalização e positivação dos direitos humanos”.

No que tange a presunção de inocência na Declaração de 1948, Gomes Filho faz interessante comentário acerca de sua relevância neste documento internacional:

Dentre os direitos afirmados na Declaração Universal, incluem-se diversas disposições relativas às garantias do “justo processo” e, especialmente quanto ao processo criminal, a do artigo 11, 1, segundo a qual “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”. (GOMES FILHO *apud* BENTO, 2007, p. 43).

Outrossim, o princípio da presunção de inocência foi previsto igualmente no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em Nova York, no dia 16 de dezembro de 1966, o qual dispunha: "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa" (art. 14.2).

Observa Antunes (2010, pg. 67) que a referida norma de direito internacional tem “o seu texto semelhante ao da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no sentido de reconhecer como direito fundamental de proteção aos direitos humanos a presunção de inocência”. Registra, por sua vez, Ricardo Bento Alves:

Interessante a ratificação da observância da presunção da inocência, que novamente fora abordada, quando da observância da duração célere dos procedimentos criminais e policiais, para que se preserve a presunção de inocência, em que o acusado seja julgado sem atrasos, como uma das garantias mínimas de toda pessoa acusada de prática de um delito (BENTO, 2007, p. 44).

No âmbito das organizações regionais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950, estabelece que "todo homem acusado de um crime tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpa seja provada de acordo com a lei" (art. 6.º). Para Fernando Barbagalo:

Na Convenção Europeia, a previsão da presunção de inocência, surge como consequência de um processo de partes (“um processo equitativo”, nos termos do art. 6º), pelo qual “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente

enquanto sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (art. 6º, 2). (BARBAGALO, 2015, pg.39).

Por sua vez, o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também resguardou a garantia da presunção de inocência, no art. 8º, I e II, vejamos:

Art. 8º, I, - Toda pessoa tem o direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal, com as devidas garantias, competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal. II - toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Sobre o Pacto de San José da Costa Rica, observa Flávio Augusto Antunes:

Observe-se que o Pacto de San José da Costa Rica da OEA não difere em nada do que prevê o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, pois ambos preveem a presunção de inocência como garantia do indivíduo, reconhecendo-a como direito da pessoa, porém só vincula essa presunção até que não seja comprovada sua culpa, o que vale dizer que só com a sentença de primeira instância, pela condenação, após o devido processo legal, poder-se-ia já falar em culpa para justificar a pena e o seu início de cumprimento (ANTUNES, 2010, pg. 67).

Sobreleva destacar ainda que o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, o que também ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é signatário e a forma de incorporação destes ao ordenamento jurídico pátrio por meio de decretos presidenciais, a exemplo do Decretos nº 592, de 6 de julho de 1992 e do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, vale trazer à baila o posicionamento de Antônio Augusto Cançado Trindade.

O referido autor sustenta a desnecessidade da edição do decreto presidencial para a incorporação, ao ordenamento jurídico brasileiro, dos tratados internacionais de direitos humanos em que o país é parte, asseverando, inclusive, que os direitos fundamentais neles inseridos seriam exigíveis de imediato:

no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil e parte, as direitos fundamentais neles garantidos passam consoante o art. 5.º, §§ 2.º e 1.º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (TRINDADE *apud* BADARÓ, 2003, p.290).

Coadunando com esta linha de pensamento advoga Flávia Piovesan que:

Diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução (PIOVESAN *apud* BADARÓ, 2003, pg. 290).

No que tange ao art. 8.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, e ao Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que:

Todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais. (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES *apud* BADARÓ 2003).

Corroborando com este entendimento, assevera Bento que com a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento jurídico pátrio o princípio da presunção de inocência restou tutelado por duas normas:

Desse modo, o princípio da presunção de inocência passou a ser assegurado em nosso Ordenamento Jurídico, por duas normas: o artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e o art. 8, I, do Pacto de São José da Costa Rica, citado, que tem valor de preceito constitucional. (BENTO, 2007, p. 48).

Insta observar ainda, que recentemente o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP³, que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal. A esse respeito prelecionam Aury Lopes jr. e Gustavo Badaró:

No referido recurso, decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, após o voto do Relator, Ministro Cezar Peluzo, que negava provimento ao recurso, sem adotar uma posição expressa quanto à questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, votou o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica. (LOPES jr; BADARÓ, 2016, pg. 6).

Ainda sobre o tema, arrematam os supracitados autores:

Esse relevantíssimo precedente, significou uma mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que passou a entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza supra legal (posição do Min. Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Min. Celso de Mello). De qualquer forma, e este é o ponto relevante, as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que com ela colidirem, não terão eficácia jurídica. (LOPES jr; BADARÓ, 2016, pg. 6).

Portanto, reputa-se incontroverso que o princípio da presunção de inocência integra o ordenamento jurídico brasileiro, seja pela sua previsão expressa art. 5º, LVII, do Texto Constitucional de 1988, seja diante dos tratados internacionais de direitos humanos em que o país é signatário, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos que, expressamente, asseguram a "presunção de inocência" (art. 14.2 e art. 8.2, respectivamente).

2.3 Princípio da presunção da inocência no direito comparado

Reputa-se igualmente imprescindível para uma reflexão acurada de um dado instituto jurídico a sua análise no âmbito do direito comparado. Nessa esteira, com o princípio

³ STF, Pleno, Rext. nº 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006.

da presunção da inocência não poderia ser diferente, mormente porque o mesmo encontra-se diretamente interligado com a liberdade humana.

Nesse diapasão, há de se observar, preliminarmente, que, de fato, algumas Constituições modernas não estabelecem um momento final para a presunção de inocência. Nesse viés, no art. 24.2 da Constituição Espanhola de 1978, prevê que:

Art. 24. 2- Assim mesmo, todos têm direito a um Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.

No mesmo sentido, a presunção de inocência está inserida no preâmbulo da Carta Francesa de 1958. Sendo assim, há mais de 200 anos, a Constituição francesa proclama a presunção de inocência, até que o infrator seja declarado culpado. (BENTO, 2007). Para Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

A Constituição Francesa de 1958, declara adesão aos princípios da Declaração de 1789 que, com já visto, assegura “o povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios de soberania nacional tal como foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”, que garante: acusado é **considerado inocente até ser declarado culpado**. (LOPES JR;BADARÓ, 2016, pg.16)

Na Constituição mexicana, a presunção de inocência pode ser extraída dos seus artigos 13 e 14. O primeiro registra a impossibilidade de alguém ser julgado por leis parciais e por tribunais especiais. Já o segundo determina que nenhuma lei possuirá ou adotará efeito retroativo em prejuízo da dignidade da pessoa humana. (BENTO, 2007). Para Flávio Antônio Augusto, o princípio da presunção de inocência na Constituição Mexicana decorre implicitamente do art. 14:

O princípio da presunção de inocência está implícito, decorrente mesmo do sistema de proteção à pessoa humana previsto no texto constitucional sendo que se tira do seu artigo 14 a conclusão de adoção de referido princípio, ao se prever que “nenhuma lei se dará efeito retroativo em prejuízo de pessoa alguma. Ninguém poderá ser privado da vida, da liberdade ou de suas propriedades, posses ou direitos, senão mediante juízo seguido ante dos tribunais previamente estabelecidos, e que se cumpram as formalidades essenciais de procedimento e conforme as leis expedidas com anterioridade ao feito”.(AUGUSTO, 2010, pg. 71).

Nessa mesma linha, no que diz respeito à Constituição Argentina, observa o supracitado autor:

A Constituição da Argentina, em seus artigos 18 e 19, trata do princípio da presunção de inocência também de forma implícita, pois o coloca como corolário do direito de defesa e do devido processo legal, além de dar margem para entendê-lo restrito aos residentes em território desse país, ao dizer que “nenhum habitante da Nação pode ser apenado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao fato do processo, nem julgado por comissões especiais, ou tirado dos juízes designados por lei antes do fato da causa. Ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo; nem mesmo preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. É inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos” (AUGUSTO, 2010, pg. 71).

Analisando a presunção de inocência nas Constituições da América do Norte, em especial sobre a Constituição canadense, Fernando Brandini Barbagalo afirma que:

No Canadá, o Ato Constitucional de 1982 (Constitution Act), em seu primeiro capítulo (part I) estabeleceu a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, sendo que se encontra entre os direitos legais (legal rights), no item 11, a previsão da presunção de inocência, nos seguintes termos: “Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito [...] de ser presumida inocente até que se prove a culpa de acordo com a lei, em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial” (BARBAGALO, 2015, pg. 43).

Em relação à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787, observa o autor em comentário que embora não haja previsão expressa da presunção de inocência na Constituição estadunidense, tal princípio foi reconhecido pela Suprema Corte no caso *Coffin v. United States* em 1895:

A primeira proclamação institucional dos direitos fundamentais do homem que poderosamente influenciou na organização política dos Estados democráticos, encontra-se na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787, fruto de um movimento nacional de sua independência. Contudo não há previsão expressa da presunção de inocência na Constituição norte-americana. Não obstante, o referido princípio foi reconhecido pela Suprema Corte no caso *Coffin v. United States* em 1895. Na decisão, a Corte detalhou a história completa da presunção de inocência. (BARBAGALO, 2015, pg. 43).

Ainda sobre a Constituição norte-americana, destaca Ricardo Alves Bento:

O Direito Norte-Americano traz ainda uma grande contribuição para o estudo da presunção de inocência, no registro do caso *Miranda v. Arizona*, onde ficou estabelecido que qualquer extorsão ou tortura para obtenção da confissão é ilegal, e a inadmissibilidade de sua utilização contra o suspeito”. (ALVES, 2007, pg. 43)

A outro giro, há Constituições que resguardam a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação penal, como por exemplo a Constituição Italiana de 1948 e a Constituição Portuguesa de 1974:

Outras, contudo, garantem a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação penal. É o caso da Constituição italiana, de 1948, que no art. 27, *comma* 2º, assegura: “l'imputato non è considerato colpevole **sino alla condanna definitiva**”. O mesmo conteúdo foi adotado pela Constituição Portuguesa, de 1974, no artigo 32.2, que entre as garantias do processo criminal, assegura: “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 (LOPES JR; BADARÓ, 2016, pg. 16).

Pelo exposto, no que tange ao princípio da presunção de inocência, é inegável que a Constituição brasileira de 1988 seguiu os modelos italiano e português. Isto porque, conforme se demonstrará adiante, o texto constitucional de 1988, em seu art. 5º, LVII, determina de forma clara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nessa esteira, é o posicionamento de Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

Mas a Constituição brasileira de 1988, reforçando a presunção de inocência, seguiu os modelos italiano e português, dando efetividade máxima o compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana. Para a garantia da presunção de inocência foi estabelecido, como marco temporal final de sua aplicação, o momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito que se presuma a sua inocência “até o trânsito em julgado” da sentença penal condenatória. (LOPES JR; BADARÓ, 2016, p.16).

Por derradeiro, convém mencionar a precisão lição do Ministro do STF José Celso de Mello Filho em voto proferido nos autos das ADC's nº 43 e 44, para quem se revela 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 até mesmo na República Portuguesa, entre outros Estados democráticos. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a proteção conferida ao princípio da presunção de inocência pelo modelo constitucional brasileiro se revela de forma mais intensa do que em outros países:

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 (CF, art. 5º, inciso LVII), o que revela ser mais intensa, *no modelo constitucional brasileiro*, a proteção *a esse inderrogável direito fundamental* (BRASIL. STF, 2016).

No mais, poderia se argumentar ainda que tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos há a limitação da presunção de inocência “enquanto não se comprove legalmente a culpa”, ou seja, não estabelecem que a presunção de inocência deva prevalecer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, repise-se, a Constituição da Federal de 1988, seguindo a mesma linha de pensamento das Constituições italiana e portuguesa, e claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam.

2.4 Princípio da presunção da inocência no Brasil

Como visto nos tópicos precedentes, pelo menos no contexto histórico da sociedade ocidental, a formulação da presunção da inocência se deu através de um processo tortuoso de constantes avanços e retrocessos. Neste particular, vislumbra-se que o ora fortalecimento, ora enfraquecimento deste princípio ao longo dos séculos apenas reflete a perene luta pela afirmação e/ou reafirmação dos direitos individuais frente aos arbítrios do poder estatal.

Nesse diapasão, percebe-se que em contextos históricos marcados por regimes autoritários como, por exemplo, nas sociedades governadas por Estados Absolutistas durante a idade moderna e nos regimes totalitários do nazismo e fascismo na primeira metade do século XX, o princípio da presunção de inocência tinha por quase inexistente a sua tutela.

A outro giro, como ressaltado, a presunção de inocência é novamente privilegiada no período pós-guerra, passando a constar nos principais tratados internacionais de direitos humanos firmados entre as diversas nações.

Isto posto e tecidas as necessárias considerações acerca da previsão do princípio da presunção de inocência nos principais tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte, bem como no direito comparado, passa-se, neste momento, a analisar o processo histórico de construção desta garantia fundamental no âmbito do ordenamento jurídico interno até a sua atual configuração na Constituição Federal de 1988.

2.4.1 Histórico da Presunção de Inocência no Brasil: avanços e retrocessos (1948-1988)

Entende Mônica Ovinski Camargo que o marco histórico temporal que representou a incorporação do princípio da presunção de inocência no Brasil se deu com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Nesse sentido, afirma a autora ser este “o primeiro documento adotado pelo Brasil que expressou a presunção de inocência foi a DUDH, o que só faz aumentar seu contributo universal para a história dos direitos do homem” (CAMARGO, 2001,p.89).

Não obstante, não se quer com isso afirmar que antes de 1948 a existência da presunção da inocência no Brasil fosse ignorada. Assim, é importante registrar que antes mesmo da aprovação da Declaração de 1948, já havia no ordenamento jurídico pátrio manifestações, ainda que moderadas, quanto a esse princípio.

Um exemplo disso é a Constituição Monárquica de 1824 que quanto aos contornos da presunção de inocência, embora não haja menção expressa ao termo, o assunto relacionado à liberdade individual foi tratado nos arts. 179, §§8º, 9º e 10º da Carta Constitucional (BATISTI, 2009):

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.:

VIII - Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX - Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X - A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar⁴

⁴ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm >. Acesso em: 23/10/2016.

Destarte, repise-se, embora antes de 1948 a presunção de inocência no Brasil não fosse ignorada, a bem da verdade é que somente após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos é que este princípio adquiriu maior relevância no país.

Nesse particular, Mônica Ovinsky Camargo faz interessante registro acerca da interpretação dada ao princípio da presunção da inocência após a sua formal introdução ao ordenamento jurídico brasileiro, que se deu, como dito, com a adesão do país à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo entende a autora, após 1948, a jurisprudência brasileira passou a identificar o princípio da presunção da inocência ao *in dubio pro reo*. (CAMARGO, 2001, p.131).

Para exemplificar, cita a Autora em comento o caso de um policial acusado de descaminho, por ter sido encontrado carregando garrafas de bebida italiana, no cais do porto. Vejamos:

Com duas versões opostas, a par de laudos e outras provas, leia-se o argumento final do voto do Ministro Raimundo Macedo, que convenceu os colegas: “Nos meandros do Cais do Porto há muita intriga e ninguém sabe até onde chega a verdade nas afirmações contidas neste processo. Diante dessa dúvida, absolvo o réu.” Fundado nisso, redigiu-se a ementa: “Se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo o favor milita a presunção de inocência.” (CAMARGO, 2001, p. 134).

Em arremate sobre o julgado supra, conclui a Autora:

Apesar da menção expressa ao princípio, nota-se que em momento algum do julgamento se afirmou que o acusado era inocente, somente se impôs a absolvição alicerçada na dúvida em tomo da veracidade do acontecido, na improbabilidade dos fatos serem verídicos, revestindo-a da presunção de inocência. Percebe-se nitidamente que a expressão *presunção de inocência* está literalmente substituindo o *in dubio pro reo*, de maneira que ambos são considerados como sinônimos (CAMARGO, 2001, p. 134).

Analisando o caso supra, afirma Augusto (2010, p. 52) “observe-se que neste caso, e isto era uma tendência, o princípio da presunção de inocência era utilizado como sinônimo do *in dubio pro reo*”.

Destarte, percebe-se, assim, que as interpretações conferidas ao princípio da presunção de inocência pela jurisprudência da época, se limitavam tão apenas a sua dimensão probatória do *in dubio pro reo*, ou seja, de que havendo dúvida fundada em processo penal o juiz devia absolver o réu. Não é diferente, a observação de Flavio Antônio Augusto:

A doutrina e a jurisprudência de uma certa forma aplicavam os institutos do *in dubio pro reo* e do *favor rei* como sendo corolários da presunção de inocência, no sentido de que em havendo dúvida fundada em processo penal o juiz devia absolver o réu (*in dubio pro reo*), tratando-se de uma questão processual, relativa à valoração da prova pelo juiz, e de que a norma devia ser interpretada da forma mais favorável ao réu (*favor rei*), sendo uma situação, assim, de hermenêutica (AUGUSTO, 2010, p. 51).

Além da interpretação restritiva dada ao princípio da presunção da inocência que o identificava tão somente ao *in dubio pro reo*, reputa-se pertinente, também, discorrer acerca do contexto político e jurídico em que se deu a incorporação deste princípio.

Deveras, nessa época o Brasil vivia sob a égide do recente Código de Processo Penal de 1942 que fora aprovado durante a ditadura varguista do Estado Novo. Quanto a esse contexto jurídico-político, Mônica Ovinsky Camargo expõe de forma contundente a discrepante relação entre a Declaração Universal de Direitos Humanos e a legislação repressiva vigente no país :

Depois de 1948, com a adesão brasileira à DUDH, a presunção de inocência foi inserida no ordenamento jurídico, mesmo sem força normativa constitucional ou processual, mas como princípio geral de direito, como ideal a ser atingido e reiterado pela política criminal pátria. Porém, nunca é demais advertir, quando a presunção de inocência foi inserida no Brasil, via DUDH, encontrou aqui um CPP recém editado e uma Constituição reintegradora de princípios democráticos, em uma atmosfera pós autoritária, gerada pela ditadura Vargas. Porque não tinha força jurídica obrigatória, a presunção de inocência, à primeira vista, não causou nenhuma instabilidade nas normas vigentes, tendo que conviver, nem sempre de forma pacífica, com dispositivos incongruentes com sua natureza e significado, estes cultivados longamente na história política e na doutrina estrangeira (CAMARGO, 2001.p. 131).

Cumprido salientar que o Código de Processo Penal de 1942 foi nitidamente influenciado pelo Código de Processo Penal italiano de 1931, também conhecido como Código de Rocco, haja vista ter sido Alfredo Rocco, o então Ministro da Justiça do regime fascista de Mussolini, o responsável direto pela sua elaboração. Além disso, na época vigorava no Brasil a Constituição de 1937, também diretamente influenciada pelo regime fascista italiano e cujo principal responsável pela sua elaboração foi o também Ministro da Justiça – assim como Rocco na Itália- Francisco Campos:

Avizinando-se ao regime italiano fascista de Mussolini, que tinha na figura de Arturo Rocco' o homem de confiança para elaborar o edifício de *leis fascistíssimas*, leis de organização do Estado repressivo, o regime ditatorial varguista também tinha seu homem de confiança, versado nas letras jurídicas, para projetar todos os documentos jurídicos imprescindíveis para a perfeita e legal instalação de um regime autoritário: Francisco Campos. Ele concentrou duros esforços para esboçar a Constituição de 1937, trabalho recompensado com a ocupação da pasta de Ministro

da Justiça da era ditatorial de Vargas, assim como Rocco o foi de Mussolini (CAMARGO, 2001, p. 95).

No mesmo sentido, reitera Frederico Marques a influência exercida pelo regime fascista italiano sobre o Código Penal brasileiro de 1942:

Além disso, o Cód. de Proc. Penal (...) não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Nôvo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr côbro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípio não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com lamentável confusão e absoluta falta de técnica. É de lamentar, ainda, a adoção da prisão preventiva obrigatória, no tocante a alguns delitos, bem como os princípios draconianos que consagra para o réu ausente ou revel. (MARQUES *apud* CAMARGO, 2001, p. 99).

Por conseguinte, pode-se afirmar que o Código Penal brasileiro de 1942 concebeu maior primazia na defesa da sociedade, manifestada no *jus puniendi* do Estado, em detrimento dos direitos e garantias individuais. Aliás, esta ênfase acentuada na defesa social em desprestígio ao individual é facilmente revelada na própria exposição de motivos deste Código:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código. No. Seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O Processo Penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.⁵

Em consequência dessa postura estatal, qual seja a de colocar em patamar superior a defesa social, em detrimento ao individual, é que a presunção de inocência, neste período, tornou-se letra morta no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta linha de raciocínio, assevera Camargo quanto a rejeição da presunção de inocência no Código de Processo Penal de 1942:

A rejeição da presunção de inocência na codificação brasileira pode ser explicada na observância dos preceitos gerais insculpidos na legislação processual penal, no CPP

⁵ BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689. 03 out. de 1941. Estabelece o Código de Processo Penal. Exposição de motivos do código de processo penal. Código de processo penal São Paulo: Saraiva: 1995. p. 06.

de 1942. Este Código se prestou a uma maior defesa da sociedade e, em face disso, a aceitação da presunção de inocência ficou prejudicada. Mesmo admitindo que a liberdade do acusado deveria ser preservada, esta não era a regra orientadora do Código, que, originariamente, possibilitava inúmeras chances para a imposição da prisão preventiva, inclusive estipulando casos em que sua aplicação era obrigatória (CAMARGO, 2001,p.103).

Posteriormente, com o fim da era Vargas e a promulgação da Constituição brasileira de 1946, o país volta a vivenciar um regime democrático. Nesse contexto, em um momento de pós-guerra, havia a manifestação nítida do novo governo brasileiro de valorizar os direitos humanos, clima este comum às demais nações, de uma forma geral (AUGUSTO, 2010).

Contudo, com o advento do regime militar em 1964 e, sobretudo, com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, mais uma vez no Brasil, as garantias individuais foram pulverizadas e, dentre elas, a da presunção de inocência.

Não custa lembrar que o famigerado Ato Institucional nº 5 previa em seus artigos 10 e 11 a suspensão do *habeas corpus* para crimes cometidos contra a segurança nacional e políticos e ainda, afastava da apreciação do Judiciário as questões relativas a atos previstos em referida norma, senão vejamos:

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos ⁶.

Em consequência de tais medidas, o princípio da presunção da inocência teve seu conteúdo completamente esvaziado, figurando como um simples comando abstrato e sem nenhuma efetividade. Nesse diapasão, observa Flávio Antônio Augusto:

Rasgou-se o princípio da presunção de inocência nesse momento, porque uma vez acusado e preso por uma situação de crime político ou contra a segurança nacional, sequer a questão podia ser levada ao Judiciário, segundo o Ato Institucional nº 5, em seu artigo 11, além da supressão do *habeas corpus* prevista no artigo 10, de modo que, aí, nessa situação, presumia-se a culpabilidade do acusado (AUGUSTO, 2010, p. 53).

⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm >. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

Ocorre que no fim da década de setenta, o regime militar já demonstrava claros sinais de desgaste. Nesse viés, o autoritarismo e a censura que caracterizavam aquele regime, aliados às crises econômicas em escala global que atingiram o país, como a crise do petróleo de 1973, contribuíram para o fortalecimento das reivindicações sociais em prol da democracia.

Nesse período, como destaca Camargo (2001, p.31) “Houve também o forte movimento político pela aprovação das eleições diretas para Presidente, conhecido como *Diretas Já*, em 1984, que acabou definindo as condições para a mudança do modelo político”.

A outro giro, é relevante mencionar que o judiciário, como não deveria deixar de ser, também refletiu as mudanças ocorridas na sociedade brasileira naquele período. De fato, os juízes, como intérpretes da sociedade em que vivem, recebem influências externas das mais variadas matizes para a formação de sua consciência moral, o que acaba por ser expresso no conteúdo das decisões judiciais (CAMARGO, 2001).

Em consequência, evidencia-se no início dos anos 80 o ressurgimento do princípio da presunção de inocência no Brasil, mediante uma nova interpretação levada à efeito, sobretudo, pelos tribunais superiores. A esse respeito, convém trazer a lume a precisa observação de Mônica Ovinsky Camargo:

A verdadeira inovação do período ficou por conta de uma interpretação do tema diversa da que já havia sido realizada nos tribunais brasileiros, em outros tempos. Como anteriormente registrado, a primeira interpretação oficial levada a cabo no Brasil identificava o preceito totalmente com o *in dubio pro reo*, restringindo sua atuação a este pequeno espaço, sendo que, um arsenal muito maior de casos nos quais poderia ser aplicado foi desprezada pelos juizes. Nesta nova versão, a presunção de inocência foi aplicada, primeiramente, para fundamentar o direito à liberdade física do indivíduo como regra no decorrer da instrução criminal, afirmando que a prisão era exceção, necessária apenas nos casos em que todos os requisitos legais fossem satisfatoriamente atingidos (CAMARGO, 2001, p. 196).

Como exemplo ilustrativo dessa mudança interpretativa em torno da presunção da inocência, cita a autora em comentário acórdão da lavra do Ministro Costa Leite onde resta consignado que a prisão no curso do processo é medida excepcional, haja vista que milita em favor do acusado o “*jus libertatis*” e presunção de inocência. Vejamos:

PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES. I - qualquer prisão que anteceda decisão condenatória definitiva do Judiciário é medida que compromete o “*jus libertatis*” e a presunção de inocência que milita a favor do acusado, daí ser reservada para casos excepcionais, em que, motivadamente, se examinem os pressupostos e condições que lhe dão suporte; II - situação concreta em que está comprovada a materialidade do delito, havendo indícios veementes que indicam a sua autoria; III - conduta da recorrida que

demonstra sua inequívoca vontade de frustrar e protelar a instrução criminal, havendo, inclusive, descumprido as condições impostas para que, em liberdade, respondesse ao processo contra ela movido. Antecedentes que não a favorecem; V - prisão preventiva que se decreta, dando provimento ao recurso do Ministério Público Federal ⁷.

Sobre o caso descrito, conclui Camargo:

A aproximação do *jus libertatis* com a presunção de inocência no citado acórdão, demonstra que o enlace entre ambos se constitui uma das principais garantias do indivíduo contra o *jus puniendi* estatal, servindo não apenas de limite para os seus excessos, como também de regra que preside a relação entre o indivíduo e o Estado, fazendo com que aquele ocupe uma posição de proeminência. (CAMARGO, 2001, p. 197).

Foi nesse contexto, portanto, que em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, reintroduzindo no país um novo período democrático e prevendo, pela primeira vez de forma expressa, o princípio da presunção da inocência, conforme se verá a seguir.

2.4.2 Princípio da presunção da inocência na Constituição Federal de 1988

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, de forma expressa, o princípio da presunção da inocência no país (art. 5º, LVII). Nesse particular, pode-se afirmar que esta Constituição foi a primeira, na história do Brasil, que tratou expressamente do princípio da presunção da inocência no âmbito do ordenamento jurídico interno. Nesse diapasão, sustenta Badaró:

Somente com a Constituição de 1988 o princípio da presunção de inocência recebeu expressa previsão no ordenamento jurídico nacional. Até então, embora parte da doutrina o considerasse como um princípio implícito ou inerente ao processo penal brasileiro, não havia nenhuma previsão explícita (BADARÓ, 2003, p. 287).

No mesmo sentido, assevera Rangel (2015, p.24) que “a Constituição da República Federativa do Brasil, pela primeira vez, consagrou o chamado princípio da

⁷ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso Criminal n. 1094. Relator Ministro Costa Leite. 24 out. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon> inocência. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

presunção de inocência, proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU”.

Desse modo, é importante destacar que a primeira versão constitucional do princípio da presunção da inocência surgiu do parecer da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, à época da Constituinte de 1988.

Assim, a primeira versão do texto constitucional referente à presunção de inocência, cunhada em parecer desta comissão, dizia que “considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não agradou, porém, a expressão “cidadão”, porque limitava a garantia aos nacionais apenas (CAMARGO, 2010, p. 216).

Assevera Flávio Antônio Augusto que a segunda versão do princípio em comento também não logrou êxito em agradar os Constituintes da época e que, tão somente, uma terceira versão idealizada pelo deputado José Ignácio Ferreira sagrou-se aprovada pela Constituinte de forma definitiva:

A primeira versão do texto constitucional referente à presunção de inocência, cunhada em parecer da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, dizia que “considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não agradou, porém, a expressão “cidadão”, porque limitava a garantia aos nacionais apenas. Perante a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, foi alterada a proposta de normatização, para se prever que “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Também incomodou os Constituintes essa redação, porque acharam incoerente falar-se em “presunção de inocência” a respeito de uma pessoa acusada criminalmente. Fez-se, então, emenda a referido texto, a qual foi idealizada pelo deputado José Ignácio Ferreira, moldando-o à forma aprovada pela Constituinte posteriormente de forma definitiva, para, conforme suas palavras de justificação da emenda, “caracterizar mais tecnicamente a denominada presunção de inocência, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia”. (AUGUSTO, 2010, p. 58).

Sendo assim, promulgada a Constituição Federal de 1988 em 5 de outubro de 1988, esta passou a garantir de forma expressa o princípio da presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII, *in verbis*: “Art. 5.º... LVII -- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Por outro lado, é importante que se diga que a Constituição Federal de 1988 não se utilizou da expressão “presunção de inocência”, que representa a formulação tradicional do princípio. Deu-se preferência a fórmula da consideração da não culpabilidade. Em virtude

desta diversidade terminológica, os preceitos constitucionais passaram a ser denominados "presunção de não culpabilidade" (BADARÓ, 2003).

Diante dessa observação reside um questionamento fulcral cujo enfrentamento revela-se imprescindível para a reflexão concernente ao tema central deste trabalho, qual seja, o da possibilidade ou não da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesta senda, indaga-se se a opção pelo modelo de presunção da inocência previsto na Constituição de 1988, expresso pela formula presunção de “não culpabilidade”, ao invés da expressão “presunção de inocência”, implicaria em alteração no conteúdo desta garantia. Em outras palavras, haveria distinção de conteúdo entre a “presunção de não culpabilidade”, tal como prevista na Constituição Federal de 1988, e a “presunção de inocência”, de tal modo a tratar-se de dois institutos jurídicos com alcances diversos?

3. O CONTEÚDO E O ALCANÇE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No capítulo anterior, como visto, cuidou-se da análise do percurso histórico do princípio da presunção da inocência, tanto no plano internacional, quanto no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, após traçado o seu referencial histórico, a partir de agora se buscará refletir acerca do seu conteúdo, ou melhor, das dimensões que compõem o princípio da presunção de inocência.

Ademais, será objeto de análise neste capítulo o alcance deste instituto jurídico, ou seja, até em que momento da persecução penal vigorará a presunção da inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade: análise terminológica

Como demonstrado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 inovou ao consagrar, pela primeira vez, de forma expressa o princípio da presunção de inocência,

estabelecendo em seu art. 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Sendo assim, antes de se adentrar na análise do conteúdo e da amplitude da presunção de inocência prevista na Constituição Federal de 1988, reputa-se indispensável que se reflita acerca da opção utilizada para a consagração de tal princípio, manifestada na expressão “presunção de não culpabilidade” em detrimento da expressão “presunção de inocência” e, precipuamente, quais os efeitos oriundos desta escolha.

Neste diapasão, impende registrar que a raiz da discussão doutrinária em torno das expressões “presunção de não culpabilidade” e “presunção de inocência” remonta ao embate entre as Escolas Penais italianas do século XIX e XX.

Conforme mencionado em outra passagem deste trabalho, a Escola Positivista do século XIX, seguida da Escola Técnico-Jurídica início do século XX, fortaleceram as críticas sobre a dimensão que se dava ao conceito da presunção de inocência construído pela Escola Clássica italiana, influenciada, por sua vez, pelos ideais iluministas.

Nesse sentido, segundo a linha de pensamento da Escola Técnico-Jurídica italiana, a “presunção de não culpabilidade” e a “presunção de inocência” não se identificariam.

Nesta senda, observa para Manzini, expoente dessa Escola, seria uma falha proferir a inocência do acusado, pois ele poderia não ser de fato inocente, mas apenas não ter sido provada sua culpa, seja por falha persecutória seja por critério judicial quanto a insuficiência das provas para condená-lo (MORAES, 2010, p. 127).

A esse respeito, como bem observa Barbagalo:

Assim, segundo linha de pensamento de Manzini, enquanto o juiz ou Tribunal não reconhecesse a culpa do acusado, ele jamais seria considerado inocente. Afinal, o processo penal, na sua óptica, não seria um instrumento para analisar se alguém era ou não inocente, mas para verificar se era ou não culpado (BARBAGALO, p.57 2015).

No Brasil, há estudiosos que defendem o posicionamento consubstanciado na ideia de que o Texto constitucional de 1988 não teria adotado a “presunção de inocência”, mas tão somente a “presunção de não culpabilidade”. Seguindo este raciocínio, preleciona Julio Fabbrini Mirabete que a “Constituição não presume a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’[...] Assim, melhor é dizer-se que se trata de ‘princípio de não culpabilidade’ (MIRABETE, 2005, p.45).

De forma semelhante, sustenta Paulo Rangel:

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVI I) . Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência (RANGEL, 2015, p.24).

Entretanto, é importante que se diga que apesar tal corrente de pensamento sustentar a diferenciação entre a “presunção de inocência” e a “presunção de não culpabilidade”, como se dois institutos jurídicos distintos fossem, não se chega a vislumbrar nenhuma explicação suficientemente clara, por parte de seus defensores, em que consistiria esta diferença de conteúdo.

Neste particular, afirma Badaró (2003, p.282) que “nunca se conseguiu delimitar em que consistiria a distinção, isto é, em que o conteúdo da ‘presunção de não culpabilidade’ seria diferente do da ‘presunção de inocência’”.

Logo, entende o supramencionado autor não haver distinção alguma entre as duas expressões. Deveras, “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” constituem apenas variações semânticas de um mesmo conteúdo:

Não há diversidade de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (BADARÓ, 2003, p.283).

Comungado com este raciocínio é o magistério de Luiz Flávio Gomes para quem não possui nenhum sentido não considerar que no inciso LVII do art.5º. da CF está inscrito, com todas as letras, o princípio da presunção de inocência, com toda a carga liberal e democrática que carrega sua história (GOMES, 1996, p. 380). Neste desiderato, também é o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho:

Apesar disso, e depois de muito polêmica sobre o real alcance dessa disposição, uma vez que não se fala literalmente em presunção de inocência, entende-se hoje que a presença ou não do termo “presunção” não altera o valor do operativo do princípio,

pois entre “inocente” e “não culpado” não há um terceiro significado intermediário que possa tornar equívoca a expressão; trata-se, na verdade, de uma figura retórica (lýtotes) que consiste em atenuar formalmente uma expressão negando a ideia contrária, mas reforçando-a na substância (GOMES FILHO, 2003, P. 121).

Portanto, é indelével que as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” consubstanciam-se tão somente em variações semânticas de um mesmo conteúdo.

Além do mais, esta distinção perde razão de ser, diante da integração ao ordenamento jurídico pátrio, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e também da Convenção Americana de Direitos Humanos que, expressamente, asseguram a “presunção de inocência”, conforme já demonstrado.

3.2 Dimensões do princípio da presunção da inocência

Observa Ferrajoli (2005, p.441) que o princípio da presunção de inocência “representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Para Gomes Filho a presunção de inocência constitui-se em informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores, inerentes à dignidade da pessoa humana e como tal deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal (GOMES FILHO, 1991).

Como bem destaca Gustavo Badaró, a doutrina tem analisado a presunção de inocência sob três óticas ou dimensões, a saber: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo:

A invocação do benefício da dúvida pelo réu no processo penal remonta a tempos imemoriais. Desde os primórdios do processo penal acusatório vigorava a denominada presunção de inocência. Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo (BADARÓ, 2003, p.280).

Na lição de Marco Antônio Marques da Silva citado por Renato Brasileiro, há três significados diversos para o princípio da presunção de inocência nos referidos tratados e legislações internacionais, a saber:

1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) (SILVA apud LIMA, 2016, p. 17).

Para Luiz Flávio Gomes, em obra escrita com o Professor Valério de Oliveira Mazzuoli, o princípio da presunção da inocência abarcaria a dimensões de regra de tratamento e de regra probatória:

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) (GOMES; MAZZUOLI, 2008, p. 85).

Por conseguinte, a dimensão política da presunção de inocência é manifestada na garantia de todo cidadão acusado de ter cometido uma infração penal a um devido processo legal, consubstanciado na tutela dos direitos individuais. Nessa perspectiva, pode se entender a presunção de inocência como garantia individual não só contra os arbítrios do Estado eventualmente cometidos no exercício do *jus puniendi*, como também em face da coletividade.

Sob essa ótica, a presunção de inocência está diretamente imbricada com a garantia de liberdade e de segurança contra o arbítrio punitivo, como bem observa Ferrajoli:

Disso decorre - se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo. (FERRAJOLI, 2005, p.441).

Por sua vez, aduz Magalhães Gomes Filho tratar-se de uma presunção em sentido ideológico ou político:

É justamente por isso que na leitura da expressão ‘presunção de inocência’ há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo ao legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. (GOMES FILHO, 199, p.37).

Sendo assim, como garantia política, a não consideração prévia de culpabilidade se expressa em termos gerais. Em outras palavras, é assegurada a todos os indivíduos, indistintamente, sejam ou não investigados ou acusados por suposta prática de crime e deve ser observada pela coletividade.

Sob a dimensão de regra de julgamento, a presunção de inocência se identifica com o brocardo *in dubio pro reo*. Para Badaró (2003, p.285) “a presunção de inocência também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”. Ademais, prosseguiu o autor:

Trata-se, pois, de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo* (BADARÓ, 2003, p. 285).

No mesmo raciocínio, preleciona Bento (2007, p. 154) que “a presunção de inocência se liga umbilicalmente ao *in dubio pro reo*, pelo que não se deve ser declarado culpado face à indisponibilidade de provas suficientes”. Aliás, observação importante faz o referido autor ao identificar o *in dubio pro reo* às locuções latinas *In dubis réus est absolvendus*, *In dubis, abstine* e *Semper in dubiis benigniora praeferenda*:

O princípio do *in dubio pro reo* é conhecido como um conjunto de preceitos que expressam a ideia de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, podendo, inclusive, ser identificado nas seguintes locuções latinas: I) *In dubis réus est absolvendus* (Em caso de dúvida de se absolver ao réu); II) *In dubis, abstine* (em caso de dúvida, abstenha); III) *Semper in dubiis benigniora praeferenda* (Em casos duvidosos há de se preferir sempre ao que for mais benigno) (BENTO, 2007, p.148-149).

Como consectários da regra probatória do *in dubio pro reo*, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca:

a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio) (GOMES FILHO, 1991, p.17).

O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. (LIMA, 2016, p. 21).

Por fim, sob a dimensão consubstanciada em regra de tratamento, a presunção de inocência impõe uma verdadeira vedação à equiparação de qualquer acusado como se culpado fosse. Em outras palavras, “significa que uma pessoa que seja presumido inocente e, portanto, goze do *status* de inocente, não pode receber um tratamento, equivalente ao de quem já foi condenado” (LOPES JR;BADARÓ, 2016, p.12).

De forma análoga, para Renato Brasileiro Lima:

Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado (LIMA, 2016, p. 22).

Para Aury Lopes jr., a presunção de inocência, compreendida enquanto regra de tratamento atua tanto na dimensão interna ao processo, quanto exterior a ele. Veja-se:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao abuso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo

judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR, 2014, p. 156).

Para Badaró (2003, p.286) “são manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal”.

De forma semelhante, entende Magalhães Gomes Filho:

a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio (GOMES FILHO, 1991, p.43).

Pelo exposto, o dever de tratamento implícito no princípio da presunção de inocência impõe que seja garantido ao investigado ou acusado a garantia de seu estado de inocência, vedando-se, desse modo, a sua equiparação ao condenado definitivo. Em outros termos “ao contrário, seu *status* é absolutamente igual ao de quem nunca foi investigado o processado” (LOPES JR.;BADARÓ, 2016,p.14).

Sendo assim, depois de verificado o conteúdo da presunção de inocência manifestado em suas três dimensões, reputa-se necessário agora que se analise o seu alcance, ou seja, até em que momento vigora tal garantia constitucional no processo penal brasileiro.

3.3 O marco temporal final do princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º., LVII “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. No plano infraconstitucional, o Código de Processo Penal expressa que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Além disso, a Lei de Execução Penal - LEP, por sua vez, dispõe, em seu art. 105:

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.

De uma simples leitura dos dispositivos supramencionados, verifica-se facilmente que tanto a Constituição Federal de 1988, quanto o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal são claros ao estabelecerem como marco temporal final do princípio da presunção da inocência no Brasil, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A esse respeito, observa Renato Brasileiro:

Enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não é possível a execução da pena privativa de liberdade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, cuja decretação está condicionada à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP. (LIMA, 2016, p. 23).

No mesmo sentido, é posicionamento de Cretella Jr.:

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...) Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação (CRETELLA JR., 1990, p.537).

No mesmo desiderato, preleciona Lenio Streck em artigo publicado no sitio Conjur:

Numa palavra final, a partir da Constituição — que fez uma opção que pode não ser a de outros países, mas, paciência, esta é a nossa Constituição — o legislador espelhou a tese de que prisão, no sentido processual da palavra, só depois do trânsito em julgado. E depois que alcançamos esse patamar, o judiciário não pode, só porque não concorda com a semântica constitucional, vir a dizer mais do que a Constituição. (STRECK, 2016).

Ocorre que, como bem destacam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró “não há elementos essenciais da presunção de inocência, que tal estado do acusado vigore

temporalmente até que a condenação transite em julgado” (LOPES JR; BADARÓ, 2016, p. 15).

Nesse diapasão, conforme já mencionado no capítulo anterior, no plano dos tratados internacionais de direitos humanos, por exemplo, o que se tem, de forma geral, é a presunção de inocência vigorando enquanto não for comprovada legalmente a culpabilidade.

Não obstante, a despeito disso, os autores em comento são enfáticos ao afirmarem que a Constituição Federal de 1988 procurou dar máxima efetividade ao compromisso do Estado brasileiro com a dignidade da pessoa humana, estabelecendo como marco temporal final da aplicação da presunção da inocência no país o momento derradeiro do processo penal, qual seja, o do trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

Mas a Constituição brasileira de 1988, reforçando a presunção de inocência, seguiu os modelos italiano e português, dando efetividade máxima o compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana. Para a garantia da presunção de inocência foi estabelecido, como marco temporal final de sua aplicação, o momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito que se presuma a sua inocência “até o trânsito em julgado” da sentença penal condenatória (LOPES JR; BADARÓ, 2016 , p. 16).

Nada obstante, há que se ponderar que a despeito da literalidade do Texto Constitucional, bem como do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, há considerável parcela da doutrina que entende que o marco temporal final do princípio da presunção de inocência encerrar-se-ia após o segundo grau de jurisdição, haja vista que a partir daí não seria mais permitido o exame fático e probatório de determinado caso.

Nesse viés, tal linha de raciocínio ancora-se na premissa de que tendo a presunção de inocência natureza de principiológica, esta poderia sofrer um juízo de ponderação em face de outros princípios igualmente relevantes, como é o caso do princípio da eficiência da persecução penal. Tal pensamento tem como fundamento, sobretudo, a teoria de Robert Alexy⁸ sobre princípios e regras.

⁸ Segundo Alexy os princípios seriam “mandados de otimização” cuja aplicação poderia se dar em diferentes graus. Em outras palavras, em relação aos princípios não se aplicaria a regra do “tudo ou nada”. As regras, por outro lado, seriam comandos objetivos, descritivos de determinadas condutas cuja aplicabilidade se daria na modalidade “tudo ou nada”: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto,

Nesse diapasão, como se exporá com mais detalhes adiante, entendeu Luís Roberto Barroso no julgamento do HC n.º. 126.292/SP que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra e que, portanto, a mesma poderia ser restringida:

Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo (BRASIL. STF, 2016).

Em consequência, prossegue o Ministro asseverando a necessidade de uma ponderação a ser efetivada em relação ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que este adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem:

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem.

(...)

Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas (BRASIL. STF, 2016).

No mesmo sentido, preleciona Fernando Barbagalo:

Não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (*all or nothing*), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, “inconstitucionalizando”, como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público. Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou “maior peso ao colidir com outras normas. Por conseguinte, pode-se afirmar que a presunção de inocência possui características assemelhadas às dos princípios (BARBAGALO, 2015, p. 65).

determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 87).

Feitas tais considerações, é relevante destacar que a atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal é fruto de alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.403/2011. Como irá se abordar com mais detalhes no próximo capítulo, desde 2010 o STF vinha aplicando o posicionamento adotado no julgamento do HC nº 84.078, a saber, o de que a presunção de inocência se aplicava até que houvesse uma condenação transitada em julgada.

Nesta senda, a atual redação do art. 283 do CPP visando-se adequar-se ao Texto constitucional e a até então, nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, literalmente reproduziu o art. 5º. , LXI que estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Em sentido oposto, a antiga redação do dispositivo retro foi introduzida pelo Decreto nº 3.689/41 e prescrevia em seu art. 393, I que: “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

Nesse contexto, não se olvide, conforme exposto no capítulo anterior, que este antigo dispositivo revogado era originário do CPP de 1941, tendo sido inclusive outorgado durante a ditadura do Estado Novo na era Vargas. Tal código repise-se, de nítida inspiração fascista, teve como principal articulador Francisco Campos, então Ministro da Justiça.

De outro lado, interessante é a análise feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Segundo o Instituto, em razão do Código de Processo Penal ser originário da década de 40, e a despeito de ter sofrido reformas processuais anteriores, o mesmo ainda guardava em seu bojo diversos dispositivos incompatíveis com a Constituição de 1988. Em consequência disso, a partir de 2008 ocorreram diversas reformas protagonizadas pelo Poder Legislativo no sentido de se adequar o CPP com o Texto Constitucional:

No entanto, a partir de 2008 uma série de mudanças legislativas no Código de Processo Penal, levou o STF a um novo posicionamento.

(...)

Com a edição da Constituição de 1988, determinados artigos do CPP (arts. 393, I; 408, § 1º; e, 594) foram considerados recepcionados. Contudo, em 2008, o Congresso revogou dois desses dispositivos que permitiam prisões sem fundamento cautelar (408, § 1º; e, 594). Ato contínuo, em 2010, o STF afirmou que todas as prisões deveriam ter fundamentação cautelar, salvo se fossem decorrentes de uma decisão definitiva (HC 84.078). Por fim, em 2011, o CPP foi novamente alterado, com a nova redação do art. 283, consolidando esse entendimento, e revogando o dispositivo restante (art. 393, I). A decisão no HC 126.292, em 2016, rompeu esse processo de diálogo institucional (IBCCRIM, 2016, p. 7).

Nesta senda, observa o IBCCRIM que no ano de 2008 foram editadas as Leis 11.698 e 11.719, revogando, respectivamente, a prisão decorrente de pronúncia prevista no art. 408, § 1º e a necessidade de prisão para se interpor o recurso de apelação, com previsão no art. 594, ambos do CPP, sendo que foi nesse contexto, ou seja, após estas mudanças legislativas, que o STF decidiu em 2010 que qualquer prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ter natureza cautelar (IBCCRIM, 2016, p. 10).

Sendo assim, com a aprovação da Lei 12.403/2011 pelo Congresso Nacional, o art. 393, I do CPP foi substituído pelo seguinte preceito previsto atualmente no art. 282 do CPP:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em 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.

Além disso, o anteprojeto que lhe deu origem foi subscrito, ainda em 2001, por ninguém menos que Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Sacarance Fernandes, Petrônio Calmon Filho, Miguel Reale Jr., Luiz Flávio Gomes, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti (BOTTINI, 2016).

Aliás, em artigo publicado sobre o tema, aduz Pierpaolo Bottini que na exposição de motivos deste anteprojeto, 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 (BOTTINI, 2016).

Prossegue o autor em comentário ao registrar que justificativa do Poder Executivo à época (2001) para o projeto também é clara, a saber, definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ter caráter cautelar:

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 (BOTTINI, 2016).

Destarte, como bem se observa, a mudança de jurisprudência firmada pelo STF no julgamento do HC 84.078/MG não se deu de forma isolada e descontextualizada. Ao contrário, essa alteração de entendimento em fixar como marco temporal final do princípio da presunção da inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é fruto de um processo de diálogo institucional decorrente de uma série de reformas processuais com o escopo de se adequar o CPP com a Constituição Federal de 1988:

Esse novo dispositivo – cuja constitucionalidade se afirma – proibiu qualquer prisão antes da decisão condenatória definitiva, salvo se houver fundamentação cautelar (impedindo, portanto, a prisão decorrente de acórdão condenatório sem trânsito em julgado).

Em resumo: (1) o legislador mudou a lei em 2008; (2) com isso, o Supremo mudou seu entendimento em 2010; (3) em seguida, o legislador mudou novamente a lei em 2011, reafirmando a jurisprudência do Supremo de 2010. Fica evidenciado, portanto, o processo de diálogo institucional entre o Poder Legislativo e o STF, protagonizado pelo primeiro, para definir uma nova interpretação para o princípio da presunção de inocência previsto na Constituição de 1988 (IBCCRIM, 2016, p.10).

Portanto, verifica-se que a definição do trânsito em julgado como marco temporal final do princípio da presunção da inocência no Brasil, é fruto de uma opção realizada pelo Poder Legislativo ao conferir a tal princípio uma interpretação em consonância com o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, impende consignar que conforme ensina Kelsen a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura que comporta diversas interpretações possíveis:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer (KELSEN, 1999, p. 246).

Sendo assim, em outras palavras, essa opção legislativa foi realizada por representantes eleitos pelo voto popular e que escolheram, dentre as diversas interpretações

possíveis, no âmbito da moldura ou quadro constitucional, aquela que fixa o trânsito em julgado como marco temporal final do princípio da presunção da inocência.

Nesse sentido, lúcida, também, é a observação feita pelo Partido Ecológico Nacional - PEN em Memoriais apresentado nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, que teve como um dos autores o advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, o Kakay, em que se buscava a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP:

A nova redação do art. 283 do CPP foi elaborada pelos representantes eleitos pelo voto popular. A liberdade de conformação do Legislador, nos limites da moldura normativa fixada pela Carta Política, deve ser respeitada como um dos elementos centrais de uma democracia constitucional. O legislador decidiu dentro dos limites constitucionais, conferindo ao princípio da presunção de inocência uma interpretação que não deixa sequer de ser estrita, apoiada no critério do trânsito em julgado mencionado no texto constitucional. Na hipótese, demanda-se do Judiciário deferência relativamente ao resultado do processo legislativo democrático (PEN, 2016, p. 28).

Como se observa, estando a decisão do Legislador dentro dos limites da moldura constitucional e, principalmente, apoiada no critério do trânsito em julgado previsto na Constituição Federal de 1988 para o princípio da presunção de inocência, caberia, então, ao Judiciário o dever de deferência em relação a tal escolha.

Em outras palavras, o Legislador, ao conferir nova redação ao art. 283 do CPP, legislou visando a sua adequação aos limites semânticos fixados pelo Poder Constituinte Originário de 1988 ao princípio da presunção da inocência no Brasil. Limite este, inequivocamente manifesto no trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, bem discorre Lenio Streck tais limites semânticos relacionados ao princípio da presunção da inocência previsto no art. 283 e a impossibilidade de execução provisória da pena:

O artigo 283 do CPP foi elaborado justamente para assentar quais são os tipos de prisão penais são constitucionalmente aceitáveis. Ele veio para regular um problema processual penal — e não para "varrer do mundo" todas as outras prisões de cunho civil ou administrativo. O argumento parece não ter sido bem escolhido. O dispositivo não teve como objetivo varrer essas prisões, e sim varrer uma específica: *a que antecipa pena*. E isso está nos limites semânticos da Constituição. Justamente estes limites semânticos que foram utilizados em 2009 e que não foram suplantados em 2016. Não preciso, aqui, falar de Hesse e tantos outros autores que trabalharam a questão da força normativa da Constituição. Que envolve o respeito aos limites semânticos (STRECK, 2016).

Não obstante, não foi isso que se verificou com a decisão tomada no julgamento do HC 126.292/SP pelo STF em fevereiro de 2016, como se mostrará com mais detalhes no próximo capítulo.

Feita tais considerações, no próximo capítulo se analisará os principais fundamentos que ensejaram a modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, com o objetivo de refletir sobre a compatibilidade ou não da execução da pena privativa de liberdade, quando ainda pendentes os recursos especial e extraordinário.

4. A INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: ANÁLISE JURÍSPRUDÊNCIAL DO STF ESTABELECIDO NOS JULGAMENTOS DO HC. 126.292/SP E DAS ADCs. 43 E 44

Por fim, este derradeiro capítulo terá como foco central a reflexão referente à incompatibilidade da execução provisória da pena, ou seja, aquela que ocorre mesmo quando ainda pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário.

Para tanto, se tomará como base a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC.126.292/SP e, posteriormente, confirmada no julgamento de medida cautelar pleiteada nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44.

Desse modo, num primeiro momento, irá se demonstrar o entendimento dominante no Pretório Excelso acerca da denominada execução provisória da pena no interregno compreendido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o julgamento do HC.126.292/SP proferido em fevereiro de 2016.

Após, se passará à análise crítica dos principais fundamentos que nortearam esta recente jurisprudência do STF, bem como os possíveis impactos que o retorno da execução provisória da pena acarretará no sistema carcerário brasileiro.

4.1 Entendimento jurisprudencial do STF sobre a execução provisória da pena na pendência de recurso especial e extraordinário após a Constituição Federal de 1988

Ao se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é possível verificar que, mormente a literalidade de seu art.5º, LVII, impor o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição necessária para a execução penal, a Suprema Corte contemplou por anos o entendimento pela admissibilidade da execução provisória da pena, quando ainda pendentes os recursos extraordinário e/ou especial.

A título ilustrativo, convém trazer à baila o HC 68.726 de Relatoria do Ministro Néri da Silveira realizado em 28/6/1991 onde se assentou que a presunção de inocência não

impediria a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmara a sentença penal condenatória recorrível. A seguir a ementa do julgado:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. **Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido (BRASIL. STF, 1991) (grifou-se).**

No mesmo sentido, observa Teori Zavascki que o Plenário do STF, no julgamento do HC 72.366/SP, também de relatoria do Ministro Néri da Silveira, mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação⁹.

Nada obstante, impende registrar que muito embora, o Supremo Tribunal Federal aceitasse a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, tal posicionamento, de forma alguma, se revelava pacífico. A esse respeito, em monografia sobre o tema, observa Camila Terasoto:

Posteriormente, em 2004, com a mudança de composição do Tribunal, as Turmas passaram a divergir, não sendo mais admitida a execução da prisão antes do trânsito em julgado pela Primeira Turma, mantendo-se, por outro lado, a possibilidade de execução imediata devido ao efeito não suspensivo dos recursos pela Segunda Turma (TERASOTO, 2015, p.67).

Ocorre que em 05 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do paradigmático Habeas Corpus nº 84.078/MG de relatoria do Ministro Eros

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 divulgado 16-05-2016, publicado 17-05-2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246876,11049STF+mantem+posicionamento+para+permitir+prisao+apos+condenacao+em+2>>. Acesso em: 22 de out. 2016.

Grau, passou a interpretar que a prisão só poderia ser executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

Dada a relevância do julgado supra, faz-se necessário sua exposição breve, ressaltando os seus principais fundamentos para, logo após, se adentrar à mudança jurisprudencial de entendimento sobre o tema, firmada pelo STF ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292/SP.

4.2 A jurisprudência do STF firmada no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG: impossibilidade da execução provisória da pena na pendência de Recurso Especial e Extraordinário

Conforme já dito no tópico anterior, anteriormente ao julgado do HC 84.078 de 2009, o Supremo Tribunal Federal aceitava, embora de forma não pacífica, a possibilidade da execução da pena mesmo quando havia recursos extraordinários e especiais a serem julgados.

Nada obstante, com o julgamento do nº 84.078/MG o Supremo Tribunal Federal mudou radicalmente a sua jurisprudência e passou a interpretar que a prisão só poderia ser executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º, inciso LVII da Constituição da República.

Sobre o contexto fático do *leading case* em apreço, Omar Coelho Vítor foi condenado pelo TJ/MG da Comarca de Passos à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. Ele foi julgado por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do CP). Nesta senda, antes da subida do REsp ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público de Minas Gerais pediu ao Tribunal de Justiça daquele estado a decretação da prisão, uma vez que o réu, conhecido produtor de leite da região, estava colocando à venda, em leilão, seu rebanho holandês e suas máquinas agrícolas e equipamentos de leite. Tal fato, segundo o *Parquet* mineiro, estaria a demonstrar seu intuito de se furtar à aplicação da lei penal. Em consequência, o então 1º Vice-Presidente do TJ/MG acolheu as ponderações do MP estadual e decretou a prisão. Diante da denegação do habeas corpus impetrado no STJ, bem como da pendência de julgamento do Recurso Especial e do risco de ser cumprido o mandado de prisão, o réu impetrou ação de

habeas corpus no STF, pedindo a suspensão da pena, sob o argumento de que a presunção de inocência impossibilitaria a execução provisória da pena¹⁰.

Em consequência, a ordem foi concedida por maioria, tendo votado pela concessão do *habeas corpus* os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, restando vencidos os ministros Menezes Direito, Carmém Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie (TERASOTO, 2015, p. 69). Adiante a ementa do referido julgado:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. **3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio subsequente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a

¹⁰ STF garante a condenado o direito de recorrer em liberdade. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI77846,71043STF+garante+a+condenado+o+direito+de+recorrer+em+liberdade>> . Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. **A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.** 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, **o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação** de cada qual Ordem concedida. (BRASIL. STF, 2009) (Grifou-se).

Na ocasião, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito, sustentou o Ministro relator Eros Grau que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP:

O artigo 637 do Código de Processo Penal --- decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941 --- estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473). Dispõe ainda, em seu artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP (BRASIL. STF, 2009).

De tal modo, esse era o entendimento que prevaleceu no Pretório Excelso até o dia 17.02.2016, quando o plenário do STF, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, considerou que é possível dar-se início à execução da sentença penal condenatória após a sua confirmação em segundo grau.

Sendo assim, no próximo tópico se cuidará da análise da mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal representada nos julgados do HC 126.292/SP e confirmada no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

4.3 Retorno da execução provisória da pena: análise do julgamento do HC.126.292/SP e das ADC'S 43 E 44

Conforme dito anteriormente, em 17 de fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292/SP, decidiu pela possibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, após a confirmação da sentença em segundo grau.

Deveras, a Corte decidiu, naquele caso concreto, que deveria ser restaurado o entendimento anterior ao julgamento do HC nº 84.078/MG, realizado em 2009, e à Lei 12.043, que entrou em vigor em 2011. Sendo assim, entendeu o STF ao julgar Habeas Corpus nº 126.292/SP que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.¹¹

Dessa forma, consoante se extrai do relatório do Ministro relator Teori Zavascki, o Habeas Corpus 126.292/SP foi impetrado contra a decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. A seguir, eis trecho do relatório que resume bem a lide:

Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar (BRASIL. STF, 2016)

A decisão se deu por maioria de sete votos a quatro. O Pleno seguiu o voto do Ministro relator Teori Zavascki, para quem, depois da confirmação de uma condenação por um tribunal de segunda instância, a pena já poderia ser executada.

¹¹ A decisão foi assim ementada: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (STF, HC 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 divulgado 16-05-2016, publicado 17-05-2016)

Na oportunidade, seguiram o voto do relator, os ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Feitas tais considerações, se passará neste momento a expor os principais argumentos que nortearam a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2016, possibilitando a execução da pena privativa de liberdade na pendência de julgamento dos recursos especial e extraordinário.

Pois bem, depreende-se do voto do Ministro relator Teori Zavascki que o principal argumento utilizado por ele para a sustentação da tese favorável à denominada execução provisória da pena, reside no fato de que a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que eventuais recursos de natureza extraordinária para o STF e para o STJ, em nosso ordenamento, não se prestam ao reexame de fatos e provas. Nesse sentido:

É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. **Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.**

(...)

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. **Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (BRASIL. STF, 2016) (grifou-se).**

Nesse diapasão, para o Ministro relator, a execução provisória da pena, que ocorre na pendência de julgamento de recurso especial e extraordinário, não implicaria em violação ao princípio da presunção de inocência tendo em vista que a fixação da culpabilidade se encerraria no exame das questões fáticas e probatórias realizadas pelas instâncias ordinárias.

Além disso, sustenta Teori que a tese que advoga pela execução da pena privativa de liberdade somente após o trânsito em julgado, ou seja, quando esgotadas todas as vias recursais, acaba contribuindo para a interposição sucessiva de recursos manifestamente protelatórios, inibindo consideravelmente a efetividade da jurisdição penal:

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória (BRASIL. STF, 2016).

Conclui assim o Ministro relator, que o retorno da execução da pena, quando ainda pendentes o julgamento dos recursos especial e extraordinário, seria mecanismo legítimo apto a harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado (BRASIL. STF, 2016).

Esse também foi o entendimento exposto, respectivamente abaixo, pelos Ministros Luiz Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes:

Refiro-me, principalmente, secundando as conclusões do eminente Relator, ao arcabouço recursal desenhado pela Constituição Federal e ao *locus* nele ocupado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

(...)

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes (BRASIL. STF, 2016).

E é exatamente o que ocorre no processo penal, como aqui foi destacado pelo Ministério Público, pelo voto do Ministro Teori, Ministro Fachin, Ministro Barroso, com relação àquela matéria fático-probatória. Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais. E, eventualmente, *ad eventum*, e à luz da realidade prática muito difícil,

pode-se, eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade. (BRASIL, STF, 2016).

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos (BRASIL. STF, 2016).

A par destes fundamentos jurídicos, o Ministro Luís Roberto Barroso aponta ainda em seu voto três justificativas de ordem pragmática que reforçam a opção pela linha interpretativa da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento (BRASIL. STF, 2016).

Neste particular, se extrai da manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso uma preocupação que encontra-se presente em todos os votos favoráveis à execução da pena privativa de liberdade após a segunda instância. Tal inquietação diz respeito à impunidade seletiva atrelada, por sua vez, à abusividade do direito de defesa.

Nesse sentido, verifica-se presente tal angustia nas manifestações em voto, mais uma vez, dos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recurso meramente protelatórios são ainda incipientes (BRASIL. STF, 2016).

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social – e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais – e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena (BRASIL. STF, 2016).

E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade (BRASIL. STF, 2016).

Por oportuno, há de se destacar este anseio nutrido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal não se dá fora de contexto. Ao contrário, ele apenas reflete o clamor popular em prol do combate à corrupção e à impunidade, notadamente em relação aos denominados “crimes de colarinho branco”. Nesse sentido, mais uma vez, cita-se trecho do voto do Ministro Barroso proferido no julgado em apreço:

Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores (BRASIL. STF, 2016).

Estes foram os principais argumentos utilizados para a sustentação da tese referente à execução da pena privativa de liberdade após a segunda instância. Em sentido diametralmente oposto, firmaram entendimento contrário os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Desse modo, merece destaque o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello para quem 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. Para além disso, ressalta o Ministro que a nossa Constituição, diferentemente da de outros países, estabelece limites muito nítidos que não podem ser transpostos pelo Estado no desempenho da persecução penal. Veja-se:

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 e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal (BRASIL. STF, 2016).

Sendo assim, na visão de Celso de Mello a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, registra ainda o Ministro decano que o princípio da presunção de inocência não obsta a prisão cautelar, uma vez presentes os seus requisitos, razão pela qual estariam assegurados os interesses da coletividade e dos cidadãos em particular:

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 (BRASIL. STF, 2016).

A seu turno, chama atenção o Ministro Marco Aurélio para o fato de que, ao contrário do campo patrimonial em que há a possibilidade de retorno ao estado anterior, o mesmo não ocorre com a execução provisória, quando o que está em jogo é a liberdade individual. Sendo assim, uma vez alterado o título condenatório provisório para a absolvição, seria impossível a recuperação da liberdade pedida:

Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa (BRASIL. STF, 2016).

A outro giro, é imperioso mencionar que essa retomada de entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi levada a termo sem que a Corte tivesse examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP introduzido em 2011 o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão.

Consequentemente, tal fato deu ensejo ao ajuizamento das Ações Diretas de Constitucionalidade propostas pelo Partido Ecológico Nacional - PEN (ADC n° 43) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADC n° 44), ambas visando à manifestação pelo STF acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Nada obstante, em 5 de outubro de 2016, o Plenário do STF reafirmou o entendimento estabelecido no julgamento do HC n° 126.292/SP, ao indeferir por 06 (seis) votos a 05 (cinco), em sede de medida cautelar, o pedido que visava impedir a deflagração de novas prisões decretadas antes do trânsito em julgado da condenação, em respeito ao que diz o inciso LVII do artigo 5° da Constituição Federal, bem como a suspensão daquelas já em curso.

Relativamente a este julgado, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, não houve grandes alterações na composição dos votos proferidos em fevereiro de 2016 por ocasião do julgamento do HC n°. 126.292/SP. Na oportunidade, o Ministro relator reafirmou os mesmos fundamentos externados por ele em fevereiro. Destacou ainda que causa perplexidade a declaração de constitucionalidade de um dispositivo que reproduz fielmente o prescrito na própria Constituição Federal:

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido na inicial surge inafastável.

(...)

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir. Essa determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se a preclusão maior como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores (BRASIL. STF, 2016).

Ademais, ressalva ainda o Ministro o impacto que tal medida causaria no sistema carcerário, mormente em face Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347¹² em que o próprio STF reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” daquele sistema:

O problema adquire envergadura maior quando considerada a superlotação dos presídios, destacada pelo Pleno ao apreciar a medida liminar pleiteada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 19 de fevereiro de 2016. Naquela oportunidade, constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal em automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos (BRASIL. STF, 2016).

Outro ponto relevante neste julgamento ocorrido em outubro de 2016, é a mudança de posicionamento do Ministro Dias Toffoli em relação ao seu voto proferido no HC nº. 126.292/SP. Ele, que antes havia sido favorável à prisão após decisão de segunda instância, acompanhou em parte o ministro Marco Aurélio, defendendo a tese subsidiária por ele comungada de que execução provisória da condenação somente poderia iniciar-se com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, explicou o Ministro que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, acentuando neste a característica da transcendência dos interesses subjetivos. Em sentido oposto, entende o Ministro que o recurso especial ainda se prestaria à correção de ilegalidades de cunho individual:

Note-se, a propósito, que, por força do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, o recurso extraordinário, ao exigir a repercussão geral da questão constitucional suscitada, pressupõe a transcendência dos interesses subjetivos do recorrente. Dessa feita, como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário. Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF) (BRASIL. STF, 2016).

¹² STF, ADPF nº 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j 09.09.2015.

Nesse sentido, para o Ministro Toffoli, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, além da própria dosimetria da pena a ser imposta, atividades que, por sua vez, são suscetíveis de exame pelo STJ:

Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP). Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação (BRASIL. STF, 2016).

Feita esta observação, é perceptível que a tese central que norteou o retorno da execução da pena após o julgamento proferido em segunda instância está atrelada à natureza dos recursos especial e extraordinário.

Em outras palavras, entendeu-se que a certeza em relação ao juízo de culpabilidade se encerraria nas instâncias ordinárias haja vista que os recursos de natureza extraordinária, interpostos junto ao STJ e ao STF, não se prestariam ao exame fático e probatório, além de possuírem, em regra, tão somente o efeito devolutivo.

Destarte, imperioso que se reflita agora acerca da aplicabilidade dos recursos especial e extraordinário no âmbito do processo penal e quais os seus reflexos em relação ao princípio da presunção de inocência, tal como este se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

4.4 Impossibilidade da execução penal na pendência de recurso especial e extraordinário e o conceito jurídico de culpabilidade

Como mencionado, a principal justificativa jurídica que ensejou o retorno da execução provisória da pena, se assenta, dentre outros motivos, em dois pontos relacionados à matéria dos recursos especial e extraordinário, a saber: 1) que a fixação de culpabilidade se

encerraria nas instâncias ordinárias, haja vista que os recursos de natureza excepcional não se prestariam ao exame dos fatos e das provas; 2) tais recursos, em regra, são recebidos tão somente em seu efeito devolutivo e que em razão da ausência do efeito suspensivo a pena poderia ser executada após a segunda instância.

Tais pontos, como se expôs no tópico anterior foram levantados por quase todos os Ministros favoráveis à tese da execução da pena privativa de liberdade após a segunda instância.

Em relação ao primeiro ponto, para parte dos Ministros do STF a fixação de um juízo certo de culpabilidade se daria nas instâncias ordinárias com o exame dos fatos e das provas. Isso se verificaria, de acordo com esta visão, em razão do fato de que os recursos de natureza extraordinária não se prestariam ao debate da matéria fático-probatória. Assim, nas palavras do relator Teori Zavascki:

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado (...). Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória (BRASIL. STF, 2016).

No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux:

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores (BRASIL. STF, 2016).

Primeiramente, segundo entendem Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró ao contrário do modelo norte-americano no qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática, o sistema brasileiro se baseia em um conceito jurídico de culpabilidade, assentado na presunção de inocência:

Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre

o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p.20).

Assim, de acordo com os autores em comento, conceito normativo ou jurídico de culpabilidade exige que somente se possa falar em culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação:

Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p.20).

É que segundo Lopes jr e Badaró nem sempre se revela fácil a distinção entre questões de direito e questões de fato, pois, verdadeiramente o que há são questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito:

Não é tarefa fácil ou simples distinguir entre questões de direito e questões de fato. Toda questão jurídica envolve matéria fática e matéria de direito. O que existe são questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p.24).

De outra banda, percebe-se que a noção de culpabilidade adotada por parte dos Ministros do STF limita-se ao binômio absolvição/condenação. Ocorre que esta visão desconsidera outros elementos que, igualmente, integram o juízo de culpabilidade e que causam impactos diretos na liberdade dos acusados, tais como a quantidade da pena imposta, o regime inicial de cumprimento desta e/ou sua substituição por outra restritiva de direitos etc.

Nessa esteira, é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt para quem a culpabilidade não pode ter a sua dimensão reduzida tão somente a um elemento integrante do crime, mais, sobretudo, como elemento limitador da pena a ser imposta:

Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade – como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia

de culpabilidade, aliada, é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, ou seja, como identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva (BITENCOURT, 2015, p.437).

Nesse sentido, como bem destacado em Memoriais apresentados em conjunto pelas Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, nos autos das ADC's nº 43 e 44: “A culpabilidade não apenas cuida de saber se o processado é culpado ou não (sentido mais amplo que culpabilidade como elemento do crime), mas também qual o limite da pena a ser imposta”. (DPRJ; DPSP, 2016, p. 14).

Assim, partindo deste pressuposto, temas que versam sobre questões predominantemente de direito, como por exemplo, a redução da pena imposta, alteração da espécie de pena imposta e até mesmo, em alguns casos, absolvição de um acusado, são questões que poderiam ser atacadas pelas vias recursais especiais e extraordinárias:

Há diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito, e passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário, que podem permitir uma alteração da decisão condenatória, seja para reforma-la para um resultado absolutório, seja para reduzir substancialmente a pena imposta, muitas vezes até mesmo alterando a espécie de pena privativa de liberdade, quando não ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição. Também é possível que o recurso seja provido por violação de regra legal ou garantia constitucional de natureza processual, implicando a anulação do acórdão condenatório do tribunal local, para que outro seja proferido, observando-se corretamente o dispositivo de lei federal ou a regra constitucional tida por contrariada ou violada. E há muitos temas aptos a serem questionados que podem levar a tais resultados (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p.25).

Nesta senda, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró elencam diversos temas passíveis de impugnação pelas vias dos recursos especial e extraordinários, muito embora em tais recursos não se discutam “questões de fato”:

Embora no recurso especial e extraordinário não se discuta “questão de fato”, é perfeitamente possível a sua interposição, para se questionar os **critérios de apreciação da prova**, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de **prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova**, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são “de fato”, mas “de direito”. Nesse campo, também deve ser aceito o recurso contra decisões para controlar a **valoração probatória** quanto aos princípios gerais da experiência, os conhecimentos científicos, as leis do pensamento e, até mesmo, os fatos notórios (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p.25).

Por sua vez, o controle de motivação também é matéria atinente à seara dos recursos especial e extraordinário, haja vista a violação rt. 381, inc. III, do CPP e do art. 93, IX, da Constituição:

O controle da motivação também é admissível em recurso especial e extraordinário, sob o fundamento de violação (respectivamente, art. 381, inc. III, do CPP e do art. 93, IX, da Constituição) da falta de completude da valoração realizada no juízo das questões de fato, seja pelo juiz de primeiro grau, seja pelo tribunal local, quando por exemplo, a sentença ou o acórdão deixam de analisar “alternativas (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p.25).

Além disso, ainda na visão de Lopes jr. e Gustavo Badaró, pode-se ainda questionar, em sede de recurso especial e extraordinário, a qualificação jurídica de determinados fatos e o preenchimento do conteúdo normativo de conceitos jurídicos indeterminados:

Pode-se, em recurso especial e extraordinário, questionar a **qualificação jurídica dada a um determinado fato**. Evidente que tal matéria não poderá ser questionada nos recursos extremos se o problema da correta qualificação jurídica decorrer de dúvida sobre um dos elementos que integram o tipo penal. Nesse caso, a questão é fática, e demanda valoração da prova. Todavia, em outros casos, mesmo que se admita por hipótese como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, ainda assim poderia haver dúvidas sobre a correta subsunção dos fatos ao tipo penal X ou Y. Aqui, a questão é puramente de direito. Não se trata de questão de fato, e pode ser atacado em recurso especial ou extraordinário, a valoração, ou melhor, **o preenchimento do conteúdo normativo de conceitos juridicamente indeterminados** (por exemplo, boa-fé, injúria grave, justa causa etc.), sendo passível de controle em recurso extraordinário ou especial a interpretação dada a tais conceitos vagos (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p.26) (grifou-se).

Sendo assim, o STF ao adotar uma noção limitada da culpabilidade, indentificando-a tão somente ao elemento integrante do crime e asseverando que a sua análise se encerra nas instancias ordinarias, acaba por impactar diretamente a dimensão de regra de tratamento do princípio da presunção de inocência, pois retira dos réus a possibilidade de aguardar em liberdade o julgamento de matérias que interferem substancialmente neste direito.

Isso se verifica especialmente nos recursos especiais interpostos perante o STJ. É que, como bem preleciona Guilherme de Souza Nucci o recurso especial:

É o recurso excepcional, voltado a garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional, tendo por foco comparativo o disposto em leis federais, evitando-se que estas sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do País, além de se buscar evitar que interpretações

divergentes, acerca de legislação federal, coloquem em risco a unidade e a credibilidade do sistema federativo (NUCCI, 2016, p. 537).

Nesta senda, sendo o STJ o guardião da legislação federal e que regulamenta o processo de dosimetria da pena, matérias tais como ilegalidades na tipificação de crimes, correção na dosimetria da pena e fixação de regime prisional, são questões atinentes à legislação federal e, portanto, passíveis de controle por este Tribunal Superior. Aliás, esse foi o entendimento do Ministro Dias Toffoli, no julgamento das medidas cautelares referentes as ADC's nº 43 e 44:

Fazer justiça não é somente reexaminar fatos e provas – questão indiscutivelmente afeta aos tribunais de segundo grau -, mas também corrigir ilegalidades na tipificação de crimes, na dosimetria da pena, na fixação do regime prisional, máxime quando se considera que, não obstante sumulados diversos entendimentos pelos tribunais superiores, em inúmeros casos, as instâncias inferiores se negam a observá-los, a pretexto da inexistência de efeito vinculante, forçando, assim, o acusado a percorrer uma autêntica via crucis recursal.

(...)

Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF) (BRASIL. STF, 2016).

A esse respeito é imprescindível destacar a análise feita, tanto nos Memoriais apresentados em conjunto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro¹³, quanto nos Memoriais apresentado Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM¹⁴

Na ocasião, se refletiu com base em dados empíricos, o papel desempenhado, sobretudo, pelo STJ como guardião de legislação federal e a sua competência para corrigir ilegalidades presentes no processo de aplicação da pena pelas instâncias inferiores.

Sendo assim, segundo dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo nos meses de fevereiro, março e abril de 2015, cerca de 60% dos recursos

¹³ Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Memoriais apresentados em conjunto nos autos das ADCs nº 43 e 44. Disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/08/Memoriais-DPRJ-e-DPSP.pdf> Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁴ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais- IBCCRIM. Memoriais de *Amicus Curie* apresentados nos autos das ADCs nº 43 e 44. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf . Acesso em: 25 out. 2016.

especiais, e 25% dos agravos em recursos especiais interpostos obtiveram resultados positivos no Superior Tribunal de Justiça em questões relacionadas à dosimetria da pena, aplicação de regime e até mesmo absolvição:

De acordo com análise dos dados apurados nos meses de fevereiro, março e abril de 2015, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo observou que cerca de 60% dos recursos especiais, e 25% dos agravos em recursos especiais interpostos obtiveram resultados positivos no Superior Tribunal de Justiça. Foram analisados 635 processos. Dos 302 recursos especiais, 177 tiveram resultado positivo, mesmo que parcialmente ou por concessão de ordem de habeas corpus de ofício, em questões relativas à dosimetria da pena, aplicação de regime e até mesmo absolvição. Dos 333 agravos em recursos especiais, 84 também tiveram resultados positivos sobre as mesmas questões (DPRJ;DPSP, 2016, p. 8).

Por sua vez, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro analisou 1.476 processos nos quais foi requerente junto ao STJ, entre março de 2014 e dezembro de 2015, dentre os quais se encontram *habeas corpus*, recursos em *habeas corpus*, recursos especiais e agravos em recursos especiais. Destes 1.476 processos, 896 requeriam a absolvição, redução na quantidade da reprimenda, atenuação do regime inicial de cumprimento de pena e/ou substituição por uma pena restritiva de direitos. Destes 896 processos, 42% eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais (DPRJ; DPSP, 2016, p.9-10).

Com base nestes dados, conclui-se que:

Neste universo, verificou-se que 49% dos habeas corpus e recursos em habeas corpus tiveram resultado positivo, com impacto, portanto, na liberdade dos paciente/recorrentes, já que atenuavam, quantitativa ou qualitativamente, a pena imposta pelas instâncias inferiores. Dentre os recursos especiais e agravos em recursos especiais, esse percentual foi de 41%. Foram analisados ainda os REsps e AREsps que, com resultado positivo, absolveram ou reformaram a dosimetria. Destes, 53% atenuaram o regime ou reconheceram a ilegalidade do regime fixado pelo Tribunal de Justiça, ou seja, nestes casos, os réus estavam em estabelecimento prisional inadequado (DPRJ ;DPSP, 2016,p.9-10).

Ou seja, do universo de recursos especiais e agravos em recursos especiais analisados entre março de 2014 e dezembro de 2015 pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 53% atenuaram ou reconheceram a ilegalidade do regime fixado pelo Tribunal de Justiça. Em consequência, o que se verifica é que centenas de pessoas estavam cumprindo a sua pena em estabelecimento inadequado.

E mais, além disso, “em 7% dos casos foi substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ou reconhecida a ilegalidade da decisão do TJ que afastou a substituição) (DPRJ;DPSP, 2016, p.10)”.

No mesmo sentido, aponta o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM¹⁵ em seus Memoriais apresentados nos autos das ADC's nº 43 e 44, que nos anos de 2014-2015, dentre os Recursos Especiais interpostos pela Defesa, 45,99% foram de procedência (IBCCRIM, 2016, p. 25).

Logo, ancorado em tais dados, observa o IBCCRIM:

Esse dado indica que o STJ tem se prestado ao seu papel constitucional de unificador da jurisprudência nacional. No entanto, o número elevado de decisões de procedência nos recursos interpostos, seja pela defesa, seja pelo Ministério Público, sugere um descompasso entre as decisões dos tribunais de segunda instância e as orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores (fato semelhante ao que constatou a pesquisa sobre *habeas corpus*) (IBCCRIM, 2016, p. 25).

Pelo exposto, o argumento sustentado por parte dos ministros do STF de que a fixação da culpabilidade se encerraria nas instâncias ordinárias, pois os recursos de natureza extraordinária não se prestam a análise de fatos e provas e que, portanto, seria possível a execução da pena logo após o segundo o grau de jurisdição não se sustenta, pois a culpabilidade, entendida enquanto conceito jurídico, somente é comprovada com o trânsito em julgado.

E isso se dá principalmente porque, como demonstrado, certas matérias passíveis de serem impugnadas via recurso especial ou extraordinário, a despeito de não versarem sobre matéria fática, tem implicação direta na liberdade dos réus, especialmente em relação às matérias objeto de recurso especial, como fixação de regime, dosimetria e tipo de pena cominada. Como bem ressaltou a DPSP e a DPRJ:

A afirmação de que os Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão da culpa é apenas parcialmente verdadeira. Pois, o debate da culpa no seu aspecto de limitador da punição faz parte da rotina destes Tribunais, especialmente no STJ, guardião da lei federal e que regulamenta o processo de dosimetria da pena. E que se verifica pelos números aqui apresentados é que a discussão da culpa nos Tribunais Superiores tem, em grande parte dos processos, modificado a situação do sentenciado, com efeitos diretos sobre sua liberdade (DPRJ, DPSP, 2016, p. 16).

¹⁵ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Memoriais de *Amicus Curiae* apresentados nos autos das ADCs 43 e 44. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf> . Acesso em: 27 nov. 2016.

Por fim, outro argumento utilizado para sustentar o retorno da execução provisória da pena cinge-se aos efeitos dos recursos especial e extraordinário. É dizer, se entendeu que devido ao fato dos recursos de natureza extraordinária não gozarem de efeito suspensivo, seria possível logo após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição a imediata execução da pena.

Tal fundamentação encontra respaldo no art. 637 do CPP, *in verbis*: “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Nesse sentido, com base no dispositivo supra, asseverou o Ministro Luís Roberto Barroso em voto proferido no julgamento em sede de medida cautelar nos autos das ADCs 43 e 44 :

Não se trata, aqui, de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade, que além de ter fundamento diretamente constitucional, é extraída do art. 637 do CPP. Tal dispositivo prevê que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença” e vale igualmente em relação ao recurso especial (sem previsão na CF/1937) nos termos da Súmula 267 do STJ. Tal preceito, antes mesmo da edição do art. 283 do CPP, funcionava como base legal da execução da pena após condenação em segundo grau, que vigorou desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009. Isso porque, não tendo o REsp e o RE efeito suspensivo (como afirma o art. 637, CPP), como decorrência lógica, já se pode iniciar a execução penal (ainda que em caráter provisório) e a prisão se dá como efeito da própria condenação (BRASIL. STF, 2016).

Neste particular, é importante ressaltar que o art. 637 do CPP tem sua redação oriunda do texto original do Código de Processo Penal que entrou em vigor em 03 de outubro de 1941. Por outro lado, a atual redação do artigo 283 do CPP, que exige expressamente o trânsito em julgado, foi introduzida no sistema processual penal por meio de lei editada em Lei nº 12.403/2011.

Como já mencionado, a atual redação do art. 283 do CPP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro justamente visando a adequação do Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, observa Lenio Streck em artigo publicado ao sitio Consultor Jurídico:

Então até 2009, permitia-se, por uma interpretação que se limitava apenas ao plano da infra-constitucionalidade, a execução provisória de sentenças mesmo pendentes de apreciação de Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Ocorre que, em 2009,

o STF alterou seu entendimento, passando a afirmar que, para dar fiel cumprimento ao que está contido no artigo 5º da Constituição Federal, a prisão só é possível depois do trânsito em julgado. E a reboque da nova jurisprudência do STF, em 2011 foi introduzido o artigo 283 no CPP (STRECK, 2016).

Em vista disso, verifica-se um claro conflito entre o art. 637 do CPP que possibilita a execução da pena após a segunda instância e o art. 283 do CPP, cuja redação advém Lei nº 12.403/2011 e que reproduz o conteúdo de dois dispositivos constitucionais, a saber, o art. 5º, incisos LVII e LXI ¹⁶.

Consequentemente, há de se aplicar o critério cronológico de resolução de antinomias consagrado por Norberto Bobbio¹⁷ no brocardo *lex posterior derogat priori* e que se aplicaria, *in casu*, entre os artigos 637 e 283 do CPP, sendo que este último por ser Lei posterior, revogaria inevitavelmente o disposto no art. 637 do CPP cuja redação é oriunda do ano de 1941.

Para além disso, outro ponto relevante é que a despeito da discussão acerca dos efeitos dos recursos especial e extraordinário, a discussão aqui enfrentada perpassa por uma questão substancial, qual seja, a da liberdade. Nesse sentido, advogam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

Há que se compreender que o problema (de se prender antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero problema de “efeito recursal. É da liberdade de alguém que se está tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p. 16).

No mesmo sentido, observa Lenio Streck:

Dito de outro modo, o ministro tentou resolver a questão da presunção de inocência fundamentando-se apenas nos efeitos dos recursos, em regra apenas devolutivos —

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹⁷ Como preleciona Norberto Bobbio “o critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade de uma mesma pessoa vale o último no tempo”. (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999, p. 92-93).

isto é, não suspensivos — o que demandaria o cumprimento imediato da sentença penal condenatória confirmada em segunda instância, antes, portanto, do trânsito em julgado. Todavia, esta não é uma questão (meramente) processual; é uma questão constitucional/substancial e materialmente deveria ser enfrentada (STRECK, 2016).

Portanto, seja do ponto de vista da natureza dos recursos especial e extraordinário, ou seja, do fato de que os mesmos não se prestam à análise fático-probatória e que, desse modo, a culpabilidade restaria comprovada nas instâncias ordinárias, seja sob o ângulo da ausência de efeito suspensivo em tais recursos, não remanesce suporte jurídico suficiente, pelo que se expôs, a se afastar a presunção de inocência, tão logo encerrada as instâncias ordinárias.

Finalizada esta análise, resta agora refletir sobre os possíveis impactos que o retorno da execução provisória da pena causará no sistema carcerário brasileiro.

4.5 A execução provisória da pena e o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro

Como já registrado anteriormente, para além dos fundamentos jurídicos já expostos, também questões de ordem pragmática serviram de alicerce para o retorno da execução pena privativa de liberdade, antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória.

Um exemplo disso se verifica em trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC. 126.292/SP, para quem, dentre outras razões de ordem pragmática, o retorno da execução provisória da pena serviria para diminuir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(...)

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena (BRASIL. STF, 2016).

Convém registrar novamente que tal preocupação foi também externada pelos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes, conforme já se demonstrou em tópico precedente.

De fato, não se nega que o amplo leque de vias recursais aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, aliada a outros fatores, tais como a morosidade do Poder Judiciário, têm contribuído para a incontestável impunidade que atinge, sobremaneira, os denominados “crimes de colarinho branco”.

Tais crimes perpetrados, historicamente, por membros das elites abastadas que detêm o poderio econômico e político na sociedade brasileira, têm passado incólumes por décadas ao crivo da seletividade do sistema penal brasileiro.

Por outro lado, inobstante tais inquietações serem de grande relevância, o que se percebe é que esta mudança de jurisprudência levada à efeito pelo STF não se baseou em um estudo seguro sobre os reais impactos que a execução provisória da pena poderá causar sobre os setores marginalizados que, em sua grande maioria, compõem a massa carcerária brasileira.

Em outras palavras, a despeito do fundamento legítimo, diga-se de passagem, de se combater a impunidade relativa aos crimes de colarinho branco, a recente jurisprudência do STF poderá trazer consequências desastrosas ao já problemático sistema carcerário brasileiro. Nesse sentido, ponderou Ingo Sarlet em recente artigo sobre o tema:

Novamente, embora a situação assim se configure em termos majoritários, ousamos questionar o quanto isso realmente serve aos propósitos de uma isonomia. Com efeito, embora sedutor o argumento, haveria como objetar que justamente quem será mais afetado com a execução provisória seguirá sendo a grande massa da população mais pobre, pois ainda que todos os criminosos do colarinho branco sejam processados, julgados e, quando culpados, condenados, sempre seguirão representando parcela da parcela menor da população. Dito de outro modo, corre-se o risco de se igualar “por baixo”, novamente em possível detrimento de garantia constitucional expressa. (SARLET, 2016).

De outra banda e na contramão da jurisprudência que possibilitou o retorno da execução provisória da pena, o próprio Supremo Tribunal Federal ao julgar a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) nº 347, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, reconheceu em 09/09/2015 a existência do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, conforme se extrai da ementa abaixo:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.** FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (BRASIL. STF, 2016). (grifou-se)

Como bem destaca o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos o “Estado de Coisas Inconstitucional” tem sua gênese na Corte Constitucional colombiana - CCC, quando em 1997, na Sentencia de Unificación (SU) 559, declarou-se pela primeira vez esse instituto jurídico em um caso envolvendo 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano que tiveram seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais:

Foi na Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997 [5], quando a CCC declarou, em primeira oportunidade, o ECI. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A CCC voltou-se a investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos. Constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores além dos que instauraram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que seria estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais (CAMPOS, 2015).

Ainda segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, são três os pressupostos para a configuração do “Estado de Coisas Inconstitucional” ou ECI:

O **primeiro pressuposto** é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação

sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas.

(...)

O **segundo pressuposto** é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação.

(...)

O **terceiro pressuposto** tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes (CAMPOS, 2015).

Nesse contexto, dentre as diversas mazelas que assolam o sistema carcerário brasileiro, a superlotação e a precariedade das instalações ganham relevo, chegando ao ponto de até então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo fazer a comparação entre os presídios brasileiros e as “masmorras medievais”, conforme apontou o Relator da ADPF 347 MC/DF, o Ministro Marco Aurélio:

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais” (BRASIL.STF, 2016).

Chama atenção ainda o Ministro Marco Aurélio para a violação sistemática à normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal que ocorrem nos presídios nacionais:

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV) (BRASIL. STF, 2016).

Nesta senda, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, de julho de 2014, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, isso sem levar em consideração as pessoas em prisão albergue domiciliar ¹⁸:

Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

(...)

De acordo com os últimos dados coletados, a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil.

(...)

Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade (DEPEN, 2014, p.16).¹⁹

Compulsando ainda os dados do INFOPEN, verifica-se que o Brasil vem andado na contramão de EUA, China e, principalmente, a Rússia haja vista que estes países vêm reduzindo o seus níveis de encarceramento:

Desde 2008, os Estados Unidos, a China e, principalmente, a Rússia, estão reduzindo seu ritmo de encarceramento, ao passo que o Brasil vem acelerando o ritmo. Entre 2008 e 2013, os Estados Unidos reduziram a taxa de pessoas presas de 755 para 698 presos para cada cem mil habitantes, uma redução de 8%. A China, por sua vez, reduziu, no mesmo período, de 131 para 119 a taxa (-9%). O caso russo é o que mais se destaca: o país reduziu em, aproximadamente, um quarto (-24%) a taxa de pessoas presas para cada cem mil habitantes. Mantida essa tendência, pode-se projetar que a população privada de liberdade do Brasil ultrapassará a da Rússia em 2018 (DEPEN, 2014, p. 15).

¹⁸ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, havia cerca de 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Nesse sentido, somados esses números com os da população prisional brasileira contabilizados pelo Infopen, constata-se que há 775.668 pessoas privadas de liberdade no Brasil, passando o país a ocupar a terceira maior população prisional do mundo, ficando apenas atrás dos EUA e da China. O dado do CNJ está disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 28 de dez. 2016.

¹⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Julho 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 28 de dez. 2016.

Quanto ao perfil da população carcerária brasileira, ainda segundo o relatório do INFOPEN, no que tange a faixa etária, 56% da população carcerária do país é composta por jovens²⁰:

Comparando o perfil etário da população prisional com o perfil da população brasileira em geral, observa-se que a proporção de jovens é maior no sistema prisional que na população em geral. Ao passo que 56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país (DEPEN, 2014, p.48).

Quanto a cor, raça ou etnia, segundo o relatório em comento, 67% da população carcerária é formada por pessoas negras, ou melhor, dois em cada três presos são negros. Por sua vez, em relação à escolaridade, aponta o relatório que oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental:

Dois em cada três presos são negros. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%). Essa tendência é observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina.
(...)

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo. Como evidencia a figura 42, aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32% da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%) (DEPEN, 2014, p. 50-58).

Além disso, em relação ao tipo de crime cometido, verifica-se que o tráfico de entorpecentes é o de maior incidência, seguido pelos crimes de roubo de roubo e homicídio:

Nota-se que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio. Cerca de um em cada dez corresponde a furto. Percebe-se que o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3% (DEPEN, 2014, p.69).

Diante dos dados apresentados, pode-se concluir que a população carcerária brasileira é em sua grande maioria composta por pessoas jovens, negras e com baixíssimo grau de escolaridade e com incidência em crimes, majoritariamente, contra o patrimônio. Com

²⁰ O INFOPEN considerou como jovens as pessoas entre 18 e 29 anos de idade.

efeito, é sobre essa parcela marginalizada da sociedade que irão incidir os efeitos colaterais deletérios da decisão firmada no HC nº 126.292/SP.

Isso porque, conforme já analisado anteriormente, noção de culpabilidade adotada por parte dos Ministros do STF para defender o retorno da execução provisória da pena, limita-se ao binômio absolvição/condenação, ignorando, portanto, outros elementos que, igualmente, integram o juízo de culpabilidade e que causam impactos diretos na liberdade dos acusados, tais como a quantidade da pena imposta, o regime inicial de cumprimento desta e/ou sua substituição por outra restritiva de direitos etc.

E isso é ainda mais perceptível quando se analisa o julgamento dos Recursos Especiais no âmbito do STJ, pois grande parte das questões acima mencionadas são passíveis de impugnação por essa via recursal e, desse modo, após o segundo grau de jurisdição.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM observou em Memoriais apresentados nos autos da ADC´s nº 43 e 44, com base nos dados do projeto de pesquisa “Supremo em números”, da FGV Direito Rio, que no período de 2010-2015 apenas 05 (cinco) temas representaram mais 40% dos recursos especiais levados ao STJ, a saber: tráfico de drogas e condutas afins, roubo majorado, furto qualificado, crimes do sistema nacional de armas e execução penal:

A pesquisa constatou que apenas 5 códigos concentram mais de 40% de todos os Recursos Especiais, sendo certo que 3 códigos (roubo majorado, furto qualificado e tráfico de drogas) ocupam as primeiras cinco posições em todos os anos (2010-2015) e somam 33% de todos os Recursos Especiais no período pesquisado (2010-2015). Ou seja, questões jurídicas levadas ao STJ repetem-se com frequência (IBCCRIM, 2016, p.21).

Neste particular, como já se observou em relação aos dados apresentados pelas DPRJ e DPSP, também o IBCCRIM ressalta o alto índice de reversibilidade dos Recursos Especiais interpostos pela defesa, chegando ao índice de 45,99% de decisões de procedência, do total de recursos interpostos em matéria penal nos anos 2014-2015 (IBCCRIM, 2016, p. 62).

Ilustram bem o quadro delineado acima, os casos de Mariana e Marcos Vinicius citados pela DPRJ e DPSP nos Memoriais supracitados. Estas duas situações demonstram bem os prejuízos irreparáveis caso lhes fosse aplicado o entendimento fixado pelo STF no HC nº 126.292/SP. No primeiro caso, Mariana estaria submetida, por aproximadamente 1 (um)

ano, em um regime ilegal por pena privativa de liberdade quando, em verdade, fazia jus ao cumprimento da reprimenda através de uma prestação de serviço à comunidade. Veja-se:

Neste sentido, vale citar o caso da condenada Mariana que teve a pena reduzida, o regime atenuado e substituída a reprimenda de prisão por uma sanção apenas restritiva de direitos (ex: prestação de serviço à comunidade) no agravo em recurso especial nº 414.562/RJ. Inicialmente condenada a pena de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial semiaberto, sem direito à substituição de pena, o Superior Tribunal de Justiça reduziu a pena para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, atenuou o regime para o aberto e ainda substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A ré, que respondia ao processo solta, poderia, segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 126.292, ter sido presa a partir do acórdão da Corte estadual que negou provimento à apelação da defesa e que foi prolatado em 06.02.2013. Restaria presa até 02.05.2014 (data em que proferida a decisão do STJ), ou seja, por aproximadamente 1 (um) ano em regime ilegal por pena privativa de liberdade quando, em verdade, fazia jus ao cumprimento da reprimenda através de uma prestação de serviço à comunidade (DPRJ;DPSP, 2016, p. 13).

O caso de Marcus Vinicius, por sua vez, é ainda mais emblemático. Este foi condenado em primeira instância a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, em regime aberto, e substituída por uma prestação de serviços a comunidade. Ocorre que em segunda instância, houve alteração da condenação antes imposta para uma pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, fixação do regime fechado, bem como a cassação da substituição da pena imposta:

Além do caso da condenada Mariana, acima citado, também ensejaria indenização frente ao Estado, o caso de Marcus Vinicius. Este foi condenado em primeira instância por tráfico privilegiado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, em regime aberto, e substituída por uma prestação de serviços a comunidade. Ao dar provimento à apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça local aumentou a reprimenda para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, fixou o regime fechado e cassou a substituição da pena.

Caso a execução da pena tivesse sido iniciada a partir do acórdão do TJRJ, Marcus já teria cumprido toda a pena devida, já que após 2 (dois) anos, o STJ, em recurso especial (REsp 1.406.062/RJ), restabeleceu a pena original de 1 (um) ano e 8 (oito) meses em regime aberto (DPRJ;DPSP, 2016, p. 20).

Desse modo, embora ainda não haja um estudo específico e mais abrangente que aponte os impactos negativos que o retorno da execução provisória da pena poderá ocasionar no sistema carcerário brasileiro como um todo, os dados apresentados pela DPRJ, DPSP e pelo IBCCRIM são suficientes para se ter uma noção dos efeitos colaterais que este novo posicionamento adotado pelo STF ensejará na liberdade de centenas de réus, tais como Mariana e Marcus Vinicius.

Ou seja, o novo entendimento do Pretório Excelso, com base nos dados aqui apresentados, poderá acarretar prejuízos irreparáveis sobre a liberdade de centenas de pessoas, atingindo, sobretudo, os setores mais vulneráveis da sociedade brasileira e que usualmente já compõem a massa carcerária brasileira, aprofundando ainda mais a seletividade do sistema penal brasileiro, ao contrário do objetivado por parte dos Ministros do STF.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso teve como escopo central a reflexão acerca da incompatibilidade da execução penal, quando ainda pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário, com o princípio da presunção da inocência previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, mediante ampla incursão histórica, verificou-se no capítulo inicial desta obra que a formulação da presunção de inocência é fruto de um processo marcado por avanços e retrocessos ao longo dos séculos e dos diversos contextos sociais e políticos analisados.

Com efeito, erigido a princípio estruturante do sistema penal acusatório, inicialmente com Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas” e, posteriormente, com Francesco Carrara, expoente da Escola Clássica italiana, a presunção da inocência foi considerada, em meados do século XIX, por Raffaele Garofalo, Enrico Ferri e Vincenzo Manzini, integrantes da denominada Escola Positivista italiana, como uma fórmula “ilógica”, “vazia” e “absurda”.

Nada obstante, o princípio da presunção da inocência ganha força novamente no período Pós-Guerra, haja vista as atrocidades perpetradas pelo nazifascismo e a premente necessidade de se construir uma cultura jurídica solidificada na proteção de direitos considerados fundamentais.

Desse modo, foi objeto de análise, ainda no primeiro capítulo, a forma como se encontra prevista a positivação do princípio da presunção da inocência no Direito Comparado, bem como nos principais Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário.

Assim, constatou-se que, ao contrário da maioria das Constituições de outros países analisadas, a Constituição Federal de 1988 seguiu os modelos italiano e português. Isto porque o Texto constitucional de 1988, em seu art. 5º, LVII, determina de forma clara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O segundo capítulo deste trabalho, por sua vez, encarregou-se de evidenciar dois pontos elementares e necessários para a reflexão concernente à execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, o conteúdo da presunção da inocência, manifesto nas dimensões política, regra de julgamento e regra de tratamento, bem como o seu alcance, ou seja, o momento derradeiro de sua vigência na persecução penal brasileira.

Neste particular, o que se verifica é que a execução da pena, quando ainda pendentes de julgamento os recursos de natureza extraordinária, a saber, REsp e RE confronta-se diretamente com a dimensão de regra de tratamento que integra o princípio da presunção da inocência.

É que, como restou demonstrado, a dimensão de regra de tratamento ínsita ao princípio ora analisado, impõe uma verdadeira vedação à equiparação de qualquer acusado como se culpado fosse, preservando-lhe o seu *status* de inocente e, portanto, não podendo receber um tratamento equivalente ao de quem já foi condenado.

Tal vedação, nesse sentido, decorre do próprio alcance da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa senda, demonstrou-se que a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal são claros ao estabelecerem como marco temporal final do princípio da presunção da inocência no Brasil, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Mais do que isso, o critério do trânsito em julgado como marco temporal final deste princípio é também fruto de um diálogo institucional protagonizado pelo Poder Legislativo e manifestado em um conjunto de reformas processuais com o escopo de se adequar o CPP com a Constituição Federal de 1988. Processo este que culminou na atual redação do art. 283 do CPP que, assim como o Texto constitucional, traz em seu bojo o trânsito em julgado como condição para a execução penal.

Desse modo, como bem evidenciado no capítulo terceiro deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal ao decidir pelo retorno da execução provisória da pena no julgamento do HC.126.292/SP e, posteriormente, no julgamento de medida cautelar pleiteada nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, acabou por romper com o diálogo institucional acima mencionado.

Em outras palavras, ao firmar a interpretação no sentido de que a execução provisória da pena não ofenderia o princípio da presunção da inocência, o STF acaba por desconsiderar a escolha legítima realizada pelo Poder Legislativo, órgão composto por representantes eleitos pelo voto popular, que, coerentemente, adotou como critério apto a firmar definitivamente culpa de um acusado, em consonância com o Texto de 1988, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesta senda, se expôs no capítulo final que o principal argumento utilizado por parte dos Ministros do Pretório Excelso para a defesa do retorno da execução provisória da pena encontra-se atrelado à natureza dos recursos especial e extraordinário. É dizer, em razão de

tais vias recursais não se prestarem ao exame fático e probatório, o juízo de culpabilidade encerrar-se-ia nas instâncias ordinárias.

Tal fundamento, como exposto, além de afrontar o marco temporal final do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, adotado no âmbito constitucional e infraconstitucional como condição necessária para o início da execução penal, também ignora a culpabilidade entendida enquanto elemento limitador da pena e não apenas enquanto dimensão reduzida a um elemento integrante do crime.

Nesse desiderato, destacou-se que noção de culpabilidade adotada por parte dos Ministros do STF limita-se ao binômio absolvição/condenação, visto esta que desconsidera outros elementos que, igualmente, integram o juízo de culpabilidade e que causam impactos diretos na liberdade dos acusados, tais como a quantidade da pena imposta, o regime inicial de cumprimento desta e/ou sua substituição por outra restritiva de direitos.

Além destes, outros temas igualmente relevantes são passíveis de impugnação via recurso especial e extraordinário tais como os critérios de apreciação de prova, a nulidade da prova, o valor legal da prova, o controle de motivação, qualificação jurídica de determinados fatos e o preenchimento do conteúdo normativo de conceitos jurídicos indeterminados etc.

Neste particular, observou-se a importância do STJ, sobretudo, como guardião de legislação federal e de sua competência para corrigir ilegalidades presentes no processo de aplicação da pena pelas instâncias inferiores. Não bastasse isso, os dados apresentados pela DPRJ, DPSP e pelo IBCCRIM são peremptórios ao evidenciarem o elevado número de decisões de procedência em sede de recursos especiais interpostos pela defesa – segundo o IBCCRIM, nos anos 2014-2015, do total de REsp's interpostos pela Defesa, 45,99% foram de procedência.

De outra banda, em razão do curtíssimo interregno entre a confirmação da mudança jurisprudencial do STF sobre a temática em estudo e a elaboração deste trabalho, embora não haja ainda um estudo específico sobre os impactos negativos que o retorno da execução provisória da pena poderá acarretar no sistema carcerário brasileiro, os dados apresentados pela DPRJ, DPSP e pelo IBCCRIM são suficientes para se ter uma noção, ainda que mínima, sobre os prejuízos à liberdade e a própria vida centenas de pessoas, sobretudo, sobre os extratos sociais que, usualmente, compõem a massa carcerária brasileira, a saber, pessoas jovens, negras e com baixíssimo grau de escolaridade.

Pessoas que executando provisoriamente uma pena imposta pelas instâncias ordinárias ao regime inicial fechado ou a uma pena privativa de liberdade, por exemplo, em

razão de uma interpretação jurisprudencial errônea realizada pelos Tribunais locais, acabam logrando êxito, um ou dois anos depois, em sede de recurso especial, ao regime aberto ou se entende que o correto seria a imposição tão somente ao cumprimento da pena através de uma prestação de serviço à comunidade, como nos exemplos de Mariana e Marcos Vinicius expostos.

Por tais razões, entende-se que não obstante serem relevantes e legítimas as preocupações de ordem pragmática levantadas nos julgamentos do HC. 126.292/SP e das ADC's nº 43 e 44, tais como a diminuição do grau de seletividade do sistema penal brasileiro, com a consequente punição aos denominados “crimes de colarinho branco”, o retorno da execução provisória da pena acaba se colocando de forma, visivelmente incoerente, em posição diametralmente oposta ao já decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal quando este declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro na MC-ADPF nº 347 no ano de 2015.

Tal estado como visto, caracteriza-se pelo quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas mal desenvolvidas. Deveras, verificou-se que dentre as principais mazelas que assolam o sistema prisional brasileiro ganham relevo a superlotação e a precariedade das instalações, chegando o Brasil a acupar, segundo relatório do INFOPEN, a quarta maior população carcerária do mundo.

Desse modo, repise-se, embora não haja até o momento da conclusão deste trabalho um estudo preciso acerca dos impactos em relação ao aumento no número de presos no sistema carcerário brasileiro diante do retorno da execução provisória da pena, se conclui que em razão da possibilidade de execução imediata da pena após a segunda instância, o número de pessoas presas no Brasil, inevitavelmente, tende a aumentar de forma considerável.

Além disso, por mais que se recorra à natureza principiológica da presunção da inocência visando à sua flexibilização, haja vista que nenhum princípio possui caráter absoluto, e assim, admitir a execução da pena, após o segundo grau de jurisdição, o que se percebe é que, mesmo sob essa ótica, o retorno da execução provisória da pena não se sustenta.

É que tal interpretação do princípio da presunção da inocência, em razão da forma como ele se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, esbarra em um limite semântico inequivocamente claro estabelecido pelo Poder Constituinte Originário a este

princípio e que deveria ter sido observado nos julgamentos objetos deste estudo, qual seja, o do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sendo assim, a interpretação firmada pelo STF no julgamento do HC. 126.292/SP e das ADC's nº 43 e 44, além das razões discorridas acima, viola este núcleo essencial que compõe o princípio da presunção da inocência previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF/1988.

Portanto, conclui-se que não remanescem razões, sejam elas jurídicas, sejam elas de ordem pragmáticas, para se admitir a execução da pena, após o segundo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, dada a relevância da temática em questão e do seu potencial de afetar a liberdade de um grande número de pessoas, seria de bom alvitre que a decisão do Supremo Tribunal Federal que modificou radicalmente a sua jurisprudência consolidada desde o ano 2009, tivesse sido precedida de um amplo debate junto à sociedade civil, oportunizando a ampla participação de entidades sociais, mormente àquelas que contribuem ativamente para o funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil, dentre juízes, promotores, professores, delegados, ONGs, defensores públicos etc.

REFÊRENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

BADARÓ, Henrique Gustavo. **Ônus da prova no processo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro – Dados eletrônicos**. – Brasília : TJDFT, 2015.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba, Juruá: 2009.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2007.**

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1 - 21ª Ed.** 2015.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10^a edição, 1999.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. Consultor Jurídico, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau> . Acesso em: 29 nov.2016.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: em 27 de outubro de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: em 28 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68726**, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 01 dezembro de 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292/SP**. Relator (a): Ministro TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Julgado em: 17/02/2016. DJE nº 32, divulgado em 19/02/2016 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> . Acesso em: 15 de agost. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43 MC/DF**. Relator (a): Ministro MARCO AURÉLIO. Tribunal Pleno. Julgado em: 05/10/2016. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326791>> . Acesso em 27 de out. de 2016.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Julho 2014**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> . Acesso em: 28 de dez. 2016.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2016

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> . Acesso: 20 out. 201

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acessado em: 20 de outubro de 2016.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar - Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. 308 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Jota, 04 maio 2015. Disponível em: <http://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 25 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB. **Ação Declaratória de Constitucionalidade com pedido de medida cautelar nº 44**. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>> Acesso em: 16 de set. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: < <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem> >. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Memoriais apresentados em conjunto nos autos das ADCs nº 43 e 44**. Disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/08/Memoriais-DPRJ-e-DPSP.pdf>> Acesso em: 25 out. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Penal. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**, vol.4. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 11 ed. São Paulo: RT, 2009.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais- IBCCRIM. **Memoriais de Amicus Curie apresentados nos autos das ADCs nº 43 e 44**. Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf> . Acesso em: 25 out. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.**

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.**

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/gustavo-badaro-e-aury-lobes-jr-apresentam-parecer-sobre-presuncao-de-inocencia/>> Acesso em: 15 de agosto de 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.**

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL – PEN. **Ação Declaratória de Constitucionalidade com pedido de medida cautelar nº 43**. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>> . Acesso em: 10 de out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **É necessário questionar a polêmica execução provisória da pena**. Consultor Jurídico, 30 set. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-30/direitos-fundamentais-controvertendo-polemica-execucao-provisoria-pena> . Acesso em: 27 de dez. 2016.

STRECK, Luiz Lenio. Presunção da Inocência: Fachin interpreta a Constituição a Constituição conforme o CPC? Consultor Jurídico, 30 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc> . Acesso em: 20 out. 2016.

TERASOTO. Camila. **A restrição do princípio da presunção de inocência diante de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição**. 2015. 103 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito). Universidade Federal do Paraná, 2015.